

EL MATRIMONIO EN PELIGRO DE MUERTE

Petronila García López
Profesora Colaboradora Doctora de Derecho Civil
Universidad de Jaén

Fecha de recepción: 14 marzo de 2018
Fecha de aceptación: 8 de mayo de 2018

RESUMEN: El matrimonio en peligro de muerte previsto en el artículo 52 del Código Civil ha sido modificado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. La nueva redacción busca garantizar que el contrayente en peligro de muerte por razón de enfermedad consienta el matrimonio cuando realmente tenga capacidad para entender y querer. Si bien, no se necesita para su celebración de la previa tramitación del expediente matrimonial, sí será necesario la presencia de dos testigos y un dictamen médico sobre la urgencia vital y la capacidad del contrayente cuando el peligro de muerte derive de enfermedad o estado físico, salvo imposibilidad acreditada.

ABSTRACT: Marriage in danger of death provided in article 52 of the Civil Code has been amended by Law 15/2015, of 2 July, of the Voluntary Jurisdiction. The new wording seeks to ensure that the contracting party, who is in danger of death due to an illness, consents the marriage when s/he really possesses the capacity to understand and the willingness of getting married. Although prior to the celebration of the marriage, the processing of the marriage dossier is not required, it will be necessary the presence of two witnesses and a medical opinion on the vital urgency and the capacity of the contracting party when the danger of death is due to a disease or a physical condition, unless accredited impossibility.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio. Expediente matrimonial. Peligro de muerte. Dictamen médico. Capacidad para contraer matrimonio. Nulidad matrimonial

KEYWORDS: Marriage. Marriage dossier. Danger of death. Medical opinion. Capacity for marriage. Marriage annulment

SUMARIO: I.- El riesgo vital como presupuesto del matrimonio en peligro de muerte. II.- Los aspectos formales del artículo 52 del Código Civil. 2.1.- El expediente matrimonial como requisito previo a la celebración del matrimonio. 2.2.- Dictamen médico y contrayente afectado por deficiencias o anomalías psíquicas. 2.3.- Eliminación de las limitaciones para la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad. 2.4.- La ausencia de expediente previo en el matrimonio en peligro de muerte. 2.5.- El dictamen médico que acredite la gravedad de la situación y la capacidad del contrayente cuando el peligro de

muerte deriva de enfermedad o estado físico. 2.6.- Los funcionarios o autorizantes del matrimonio en peligro de muerte. 2.7.- Inscripción del matrimonio en peligro de muerte. III.- La nulidad del matrimonio celebrado en peligro de muerte. 3.1.- Nulidad por ausencia de los presupuestos o requisitos para la válida prestación del consentimiento matrimonial, salvo dispensa de los que son dispensables. 3.1.1.- Impedimento de vínculo y disolución del primer matrimonio por la acción de divorcio. Sus características. 3.1.1.1.- Exigencia de ejercicio judicial. 3.1.1.2.- Carácter personalísimo. Muerte de uno de los cónyuges como causa de extinción de la acción de divorcio. 3.1.1.3.- Efectos de la sentencia de divorcio. Su pretendido carácter constitutivo e irretroactivo. 3.1.1.4.- Problemas derivados de la presentación de demanda de divorcio, cuando se celebra un segundo matrimonio en peligro de muerte antes de la firmeza de la sentencia de divorcio del primer matrimonio dictada en primera instancia, y luego fallece el solicitante. 3.2.- Nulidad por ausencia de consentimiento en uno o los dos contrayentes por falta de aptitud para entender y querer en el momento de prestarlo (art. 73.1 CC). 3.3.- Nulidad del matrimonio por la no adhesión de los contrayentes al modelo o concepto de matrimonio predispuesto por el ordenamiento que haga que su consentimiento, aun consciente y libre, no sea matrimonial (la simulación y la reserva mental). 3.4.- Nulidad por defectos formales.

I. EL RIESGO VITAL COMO PRESUPUESTO DEL MATRIMONIO EN PELIGRO DE MUERTE

Es nuestro propósito analizar en estas páginas la nueva regulación del matrimonio *in articulo mortis*, *in extremis* o del que se halle en peligro de muerte al que se refiere el art. 52 CC. La versión modificada entrará en vigor¹ cuando lo haga la Ley 20/2011 de 21 de julio, del Registro Civil, que estaba prevista para el 30 de junio de 2018 (según la Ley 4/2017, de 28 de junio), si bien, dicha fecha ha sido nuevamente prorrogada hasta el 30 de junio de 2020². Este precepto regula una particular forma de celebración del matrimonio civil que se caracteriza por la existencia de una situación de urgencia que exige que la prestación del consentimiento matrimonial se realice con premura³, por la posibilidad de que se produzca el fallecimiento de uno de los contrayentes en un breve espacio temporal, bien porque la persona esté aquejada de una enfermedad grave, bien porque los contrayentes se encuentren en una situación objetiva de riesgo. Luego, es la urgencia de la situación lo que justifica la omisión de algunos de los trámites del matrimonio o su modalización, que han quedado reducidos a una comprobación sumaria del peligro de muerte que es lo que determina la urgencia del caso, así como de la capacidad general para

¹ Se ha comentado por la doctrina que la *vacatio legis* de este precepto sólo tiene sentido en cuanto al núm. 1 de su primer párrafo, que modifica las autoridades o funcionarios ante los que será posible contraer matrimonio civil en peligro de muerte (en coherencia con la nueva redacción del art. 51 CC); sin embargo no es razonable que tal aplazamiento de la entrada en vigor afecte al retorno a la distinción entre el matrimonio *in articulo mortis* (se teme objetivamente que uno de los contrayentes va a fallecer a resultas de una enfermedad o accidente) y el celebrado en inminente peligro de muerte (en una situación que hace temer por la vida de ambos, como un naufragio o un conflicto bélico), que es lo que parece deducirse de que únicamente el primero y no el segundo requiera de previo “dictamen médico sobre su capacidad para la prestación del consentimiento y la gravedad de la situación, salvo imposibilidad acreditada”. En este sentido vid. P. DE PABLO CONTRERAS, “Capítulo 4: El sistema matrimonial”, en C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid, 2016, p. 99. Sobre este tema, se considera que hasta la entrada en vigor de esta reforma los notarios no tienen capacidad para celebrar más que los matrimonios en los que previamente se haya tramitado el oportuno expediente, vid. F., MARIÑO PARDO, “El matrimonio ante notario. Especial referencia a su celebración durante el período transitorio”, en <http://www.iurisprudente.com/2018/03/el-matrimonio-ante-notario-especial.html>, publicado el 14 de marzo de 2018. Igualmente J. F., HERRERA GARCÍA-CANTURRI, “Diario de una guardia. Boda ante notario en peligro de muerte”, en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/diario-guardia-notarial-boda-peligro-muerte/>, publicado el 10 de enero de 2017.

² <http://www.ccoojusticia.com/2018/04/nueva-prorroga-para-la-entrada-en-vigor.html>

³ En este sentido vid. G. MINERO ALEJANDRE, “Artículo 52”, trat. de R. Bercovitz Rodríguez-Cano en *VVAA Las modificaciones al Código Civil del año 2015*/ Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 143.

contraer matrimonio, suprimiéndose el previo expediente matrimonial y reduciéndose al mínimo la solemnidad.

Aunque es la urgencia lo que caracteriza esta forma de matrimonio, es lo cierto que el legislador de 1981⁴ prescindió del término “inminente” en la regulación de esta figura. ¿Es significativa la eliminación del requisito de la inminencia de la muerte? Esta supresión ha sido un error por parte del legislador, según ABAD ARENAS⁵ “ya que este término era el que de alguna manera daba sentido a dicha excepcionalidad, puesto que no es suficiente con que uno de los contrayentes esté gravemente enfermo, es necesario que se dé una situación inminente de perder la vida”. Entiende GARCÍA CANTERO⁶ que el sujeto ha de encontrarse en una situación tal que la muerte pueda considerarse próxima según examen racional de las circunstancias; así ocurrirá antes de la realización de una delicada intervención quirúrgica, o en presencia de sucesivos ataques de carácter grave que pueden reiterarse según dictamen médico.

En cualquier caso, queremos llamar la atención sobre lo peligroso que puede resultar establecer plazos de tiempo que nos ayuden a concretar cuándo el riesgo vital se puede considerar próximo e inmediato trayendo a colación el caso resuelto por STSJ de Barcelona, Sala de lo Social, de 28 de junio de 2017⁷, que aparte de otros argumentos⁸, estima que “la celebración de un matrimonio *in articulo mortis* es posible siempre y cuando se acredite convenientemente que uno de los futuros contrayentes está en peligro inminente de muerte, requisito que no se produjo en el presente caso, dado que a la vista de los informes hospitalarios aportados, en los que constaba que el causante se encontraba en tratamiento de quimioterapia, con duración prevista de tres meses, no contemplándose riesgo inminente

⁴ Con anterioridad a la reforma realizada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, la figura del matrimonio del que se hallare en “inminente peligro de muerte” se encontraba regulada en los arts. 93, 94 y 95 CC. La Reforma mencionada supuso la refundición de los anteriores en un único precepto (art. 52 CC). Dicho precepto presentaba notables diferencias respecto de la regulación anterior: de un lado, regulaba la figura, pero sin exigir la inminencia del peligro y, de otro, supuso definitivamente la eliminación de la nota de la condicionalidad a que se encontraba sometida la misma.

⁵ E. ABAD ARENAS, “El art. 52 del CC y el matrimonio in extremis: nuevas perspectivas a la luz de la Ley 40/2007 y los fraudes a la Seguridad Social”, en *La protección de las personas mayores: apoyo familiar y prestaciones sociales*. (Ponencias y Comunicaciones del Congreso Internacional “La Protección de las Personas Mayores”, celebrado del 7 al 9 de octubre de 2009 en Córdoba), IDADFE, Madrid, 2009, p. 6. CD-ROM.

⁶ G. GARCÍA CANTERO, “Comentario al art. 52 CC”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo II (arts. 42 al 107 CC), Madrid, 1982, pp. 112-113.

⁷ Roj: STSJ CAT 5934/2017.

⁸ Resulta que D.^a Carla convivió como pareja sentimental con D. Alfredo desde el 21 de junio de 2003, compartiendo el domicilio. En junio de 2014 había sido diagnosticado de neoplasia pulmonar, estadio IV con metástasis intramedulares, suprarrenales y hepáticas. Durante su ingreso hospitalario recibió tratamiento con QT, RT y rehabilitación. Mientras permanecía ingresado en el hospital, el Sr. Alfredo solicitó en fecha 8 de agosto el poder contraer matrimonio en peligro de muerte. El magistrado titular del Registro Civil denegó su solicitud mediante auto de fecha 11 de agosto de 2014. D. Alfredo fallece el 1 de septiembre de 2014.

En el caso comentado, D.^a Carla solicitaba que se le reconociera el derecho a la pensión por aplicación analógica de la DA 10^a de la Ley 30/1981, apreciando impedimento legal para contraer matrimonio a causa de la enfermedad del causante. Finalmente, se desestima el recurso en base dos argumentos. En primer lugar, considera el Tribunal que en el caso que examinamos no consta que existiera impedimento alguno durante la vigencia de la convivencia para que los convivientes pudieran, bien contraer matrimonio, bien constituirse oficialmente como pareja de hecho, posibilidad ésta última que, incluso en el caso de inexistencia de registros específicos en el territorio de la comunidad autónoma, podía llevarse a cabo mediante el otorgamiento del correspondiente documento público, de forma que nos hallamos ante un supuesto en el que los convivientes optaron, desde el año 2003, por no ajustarse a ninguna de las posibilidades legales a su alcance, situación meramente de facto en la que se mantienen durante más de 10 años. En consecuencia, al tiempo del fallecimiento no existía, ni válida constitución como pareja de hecho, ni matrimonio.

Seguidamente, frente a la pretensión de la recurrente de que se asimile su situación a la contemplada por la DA 10^a de la Ley 30/1981, y que se interprete la denegación de la celebración del matrimonio en inminente peligro de muerte como una situación de impedimento legal para contraerlo, considera el Tribunal que no es posible compartir la tesis propuesta por la recurrente, dado que la normativa cuya aplicación analógica postula está pensada para una situación que nada tiene que ver con la examinada, refiriéndose concretamente a la situación de aquellas parejas de hecho que no pudieron contraer matrimonio debido a la imposibilidad de divorcio hasta la ley de 1981, mientras que en el presente caso, los convivientes tuvieron la posibilidad real desde que inician su convivencia en el año 2003 de optar por el vínculo matrimonial, al no existir impedimento alguno para ello, tratándose simplemente de una opción personal, absolutamente respetable, que supone no asumir los deberes, ni tampoco los derechos, vinculados a la existencia de un matrimonio.

de fallecimiento, salvo complicaciones, y con una previsión estadística de supervivencia entre 6 meses y un año, razón por la que se denegó la solicitud por Auto de 11 de agosto de 2014; si bien se produce el fallecimiento el 1 de septiembre por una complicación del proceso (tromboembolismo pulmonar), transcurridos 21 días, lo que evidencia que la inminencia del fallecimiento no era tal, puesto que la interpretación habitual del término "inminente" alude a una situación que se va a producir de forma inmediata".

Luego la regulación del matrimonio en peligro de muerte busca facilitar la celebración del mismo cuando concurren circunstancias en las que se prevé que la muerte sobrevenida de alguno de los contrayentes pueda frustrar tal posibilidad, dada la trascendencia social, ética o incluso económica que tal unión y sus efectos genera para los contrayentes, puesto que al fallecer una persona existen muchas consecuencias que pueden variar en función de si está casada o soltera, especialmente, los derechos hereditarios y la pensión de viudedad. En principio, se puede acceder a la pensión de viudedad por el mero hecho de estar casados, sin que se valore ninguna otra cuestión, salvo si el contrayente ha fallecido por enfermedad común existente antes del matrimonio. En tales casos, el cónyuge superviviente solo podrá acceder al derecho a la pensión de viudedad si existen hijos comunes o cuando se acredite un período de convivencia, extramatrimonial y matrimonial, de dos años.

En este sentido, resulta de interés la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 junio 2010 (RJCA 2010\524)⁹, que ante la demanda de reclamación de responsabilidad patrimonial razona que "si bien se considera acreditado que existió un funcionamiento anormal de los servicios públicos (Registro Civil), se estima que existieron también otras causas que contribuyeron de forma efectiva a este resultado lesivo. Así, teniendo en cuenta la edad del paciente (72 años) sus antecedentes médicos (había sufrido hace varios años un cáncer de próstata y unos meses antes se le había detectado un cáncer de pulmón), su reciente operación quirúrgica y el empeoramiento de su salud por una neumonía, todo ello deterioró considerablemente su salud y lo situó en grave peligro de muerte lo que hubiese permitido que los interesados hiciesen uso del matrimonio civil *in articulo mortis* (art. 52 CC) que se celebra tan solo con la presencia de dos testigos y sin tramitar previo expediente alguno, demorando la comprobación de la inexistencia de obstáculos para el matrimonio a la posterior tramitación del expediente correspondiente antes de procederse a la inscripción del acta en el Registro civil, expediente posterior que hubiese permitido aclarar y rectificar el error padecido para que este desplegase su validez". En definitiva, se aprecia una concurrencia de culpas en la causación del daño, entendiéndose que a la Administración le corresponde el 20% de dicha responsabilidad.

Por tanto, debe rechazarse la aplicación del citado precepto cuando se trate de supuestos en los que simplemente exista un peligro menor o leve, así como aquellos otros casos en los que el peligro que se cierna sobre los contrayentes no afecte a su vida. Tal sería el supuesto, por ejemplo, de que los contrayentes se arriesgaran a perder un legado o una donación condicional si no contrajeran matrimonio en un plazo breve. Dichas circunstancias podrán llevar a abreviar algunos trámites previos al matrimonio -como, en su caso, el relativo a la publicación de edictos o proclamas, pues así lo permite el art. 260 RRC -, pero no a celebrar el matrimonio con arreglo a la forma establecida por el art. 52 CC.

⁹ Los hechos son los siguientes: D^a Casilda y D. Rosendo llevaban conviviendo como pareja desde hace varios años (14 años según ella misma afirma) aunque no habían contraído matrimonio por decisión voluntaria durante todo este tiempo. La avanzada edad de D. Rosendo (72 años) y el hecho de que se le diagnosticó un cáncer de pulmón en el mes de febrero o marzo de 2006, motivó su decisión de contraer matrimonio para formalizar la relación de convivencia que venían manteniendo (previsto para septiembre 2006); en el mes de julio, se solicita la certificación literal de nacimiento y al detectar un error contenido en la nota marginal se instó la rectificación registral. Finalmente, D. Rosendo fallece el 29 de octubre de 2006. El 2 de febrero de 2007 se dictó resolución de rectificación del error existente en el Registro civil. D^a Casilda solicita del Instituto Nacional de Seguridad Social la pensión de viudedad por su relación de convivencia con D. Rosendo que le es denegada al faltar el vínculo matrimonial.

D^a Casilda interpone demanda de reclamación de responsabilidad patrimonial y solicita una indemnización de 430.000 € por la pensión de viudedad que le hubiera podido corresponder desde la fecha en que podría haber contraído matrimonio hasta los 90 años (28 años) y 30.000 euros por los daños morales. El Tribunal aprecia una concurrencia de culpas en la causación del daño, entendiéndose que a la Administración le corresponde el 20% de dicha responsabilidad, luego la cuantía en la que habrá de ser indemnizada la recurrente por los daños y perjuicios padecidos asciende a 36.854 €.

De todas formas, debe aclararse que la validez de este tipo de matrimonio no requiere que con posterioridad se produzca el resultado de muerte que amenazaba a los contrayentes, sino que el matrimonio es válido desde su celebración, con independencia de ese resultado. Sólo es necesario que exista una alta probabilidad o una amenaza grave de que concurra la muerte, puesto que esto justifica ya de por sí mismo la urgencia de la tramitación.

II. LOS ASPECTOS FORMALES DEL ARTÍCULO 52 DEL CÓDIGO CIVIL

2.1. *El expediente matrimonial como requisito previo a la celebración del matrimonio*

Lo habitual en todo matrimonio¹⁰ que se realiza en situación de normalidad, es que el proceso que lleva a la celebración del mismo se inicie con el expediente matrimonial¹¹, así el párrafo primero del art. 56 CC¹² establece que “*quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código*”. La tramitación del expediente corresponde hoy al Juez o Encargado del Registro civil; pero cuando termine la *vacatio legis* de la Ley 20/2011, de 21 de julio, que sustituirá a la Ley del Registro Civil de 1957, “*la competencia para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio corresponderá al Secretario judicial, Notario o Encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero*”. (art. 51.1 CC¹³). La tramitación del acta competará al Notario y la instrucción del expediente corresponderá al Secretario judicial o Encargado del Registro Civil (art. 58.2 Ley Registro Civil de 2011). Destacar la importante consideración que realiza DE PABLO CONTRERAS¹⁴ acerca de la necesidad de excluir de dicho examen previo

¹⁰ Con carácter general, el art. 56 CC exige la realización del acta o expediente previo a cualquiera que desee contraer matrimonio, sin especificar si ha de efectuarse sólo en los matrimonios en forma civil o también en los celebrados en forma religiosa. En realidad, este trámite se prevé para todo matrimonio con independencia de la forma elegida para su celebración, como queda claro tras las modificaciones efectuadas por la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria también en los Acuerdos de cooperación con las confesiones evangélica, israelita e islámica. En este sentido vid. E. SERRANO GÓMEZ, “La celebración del matrimonio (BIB 2015\18068)”, en *Grandes Tratados. Tratado de Derecho de la Familia* (Volumen I) (BIB 2015\18063), Aranzadi, 2015.

¹¹ En lo referente a los trámites del expediente, estos se regulan con detalle en los arts. 238 a 254 RRC, a completar con las reglas generales (arts. 341 y ss.). Sin descender al comentario de esos preceptos, conviene al menos precisar que su contenido puede compendiarse en las siguientes fases: 1^ª) alegaciones iniciales y principio de prueba de las mismas; 2^ª) trámite de ratificación y, en su caso, subsanación de posibles defectos de prueba; 3^ª) publicación de edictos o proclamas o práctica de diligencias sustitutorias; 4^ª) trámite de audiencia separada y reservada, fundamental para detectar posibles matrimonios fraudulentos o de complacencia, nulos por simulación (cfr. ap. VII de la Instrucción DGRN 31 enero 2006). Importa también destacar que el art. 248 RRC prevé que el casamiento haya de celebrarse en el plazo de un año “desde la publicación de los edictos, de su dispensa o de las diligencias sustitutorias”, sometiendo así al expediente a una suerte de caducidad, pues si se hubiera sobrepasado el plazo habría de procederse nuevamente a tal publicación, sin que parezca que deban repetirse las restantes actuaciones. En cuanto a la documentación que se utiliza en el expediente matrimonial previo: http://www.sda.com/RegistroCivil/EXP/EXP02.aspx?CDG=EM_01&Num02=czlqb445w544gqemhwrk3lff

El nuevo art. 58 de la Ley del Registro Civil de 2011 se ocupa de la tramitación del expediente, cuyo apartado 5 ha sido modificado por la Ley 4/2017, de 28 de junio, si bien, habrá que esperar a su entrada en vigor.

¹² Redactado por la Ley 4/2017, de 28 de junio de modificación de la LJV, con efectos desde el 30 de junio de 2017, según resulta del Código civil preparado por J. C. Erdozain López bajo la dirección de R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, 36^ª ed., 2017.

¹³ Se modifica por Ley 15/2015, de 2 de julio. Esta modificación entra en vigor en la fecha de la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

¹⁴ P. DE PABLO CONTRERAS, “Capítulo 4: El sistema matrimonial” (...), ob. cit., nota 1, p. 94. Por el contrario, SERRANO GÓMEZ estima que “a través de él se manifiesta ya, de alguna forma, la voluntad de los contrayentes de casarse, voluntad que, en el momento de la celebración del matrimonio, se exteriorizará de forma expresa e inequívoca. Al mismo tiempo, el acta o expediente permite presumir que los futuros cónyuges son conscientes de la realidad del matrimonio y de las consecuencias que de él se derivan, sin perjuicio de que durante su tramitación pueda evidenciarse lo contrario y, en consecuencia, rechazarse la existencia de capacidad matrimonial.

que se realiza en el expediente “la valoración de otros estados subjetivos¹⁵, como es la posible simulación que puede afectar al consentimiento y que sólo puede apreciarse después de celebrado el matrimonio, ya que sería contrario al *ius connubii* entender incluida la simulación futura en la valoración previa de “*cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio*” que añade a los requisitos de capacidad e impedimentos el art. 51.1 CC”.

En todo caso, y tanto en la situación actual como en la futura, lo que cada uno de estos funcionarios debe valorar por estos medios es la aptitud de los solicitantes para contraer el concreto matrimonio pretendido. La aptitud que se examina en el expediente se contrae a la concurrencia de los requisitos de capacidad y a la ausencia de impedimentos en los contrayentes tipificados por la ley, y además a la posesión por aquellos de la mínima madurez psíquica para prestar un consentimiento matrimonial válido.

Para concluir, hay que tener en cuenta que en la regulación hasta ahora vigente, la realización del expediente previo ha constituido un requisito procedimental que, si bien se ordena imperativamente, su ausencia no determina la nulidad de las nupcias, en caso de celebrarse el matrimonio civil sin el expediente previo o sin que se solicite o emita el dictamen médico. Es cierto que la tramitación del acta o expediente previo se conceptúa como un trámite obligatorio cuya importancia es indiscutible en la medida en que avanza la probable plena legalidad del matrimonio que posteriormente se vaya a celebrar; no obstante, el matrimonio celebrado sin acta o expediente matrimonial no es, *per se*, inválido ni tiene vedado el acceso al Registro Civil para obtener así el pleno reconocimiento de su eficacia civil. Igualmente, la omisión del dictamen médico, en cuanto que es una formalidad más del expediente matrimonial, no provoca por sí la nulidad del matrimonio contraído, que será nulo sólo si el sujeto contrayente no tenía, en verdad, aptitud para emitir el consentimiento.

2.2. Dictamen médico y contrayente afectado por deficiencias o anomalías psíquicas

El párr. 2º del art. 56 CC ordena que se exija dictamen médico sobre la aptitud para consentir del pretendiente que “*estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas*”, circunstancia que ha de ser apreciada por el instructor (párr. 2º del art. 245 RRC), quien puede advertirla incluso antes del trámite de audiencia reservada y separada previsto en el art. 246 RRC, momento que, sin embargo, es seguramente el más propicio para que aquél se cerciore sobre el particular.

En torno a la actual regulación del dictamen médico, introducido por la Ley 30/1981, de 7 de julio, tradicionalmente han surgido distintos interrogantes¹⁶ sobre cuál es su valor; sobre las consecuencias que se derivan de su omisión, cuando es preceptiva su aportación en el expediente matrimonial así como la necesidad de concretar si el art. 56.2 CC regula meros aspectos formales o es una norma de carácter sustantivo que determina el contenido del consentimiento matrimonial.

Por ello, resulta importante precisar la postura del Tribunal Supremo sobre la validez del consentimiento matrimonial otorgado sin el requisito del dictamen previo exigido por el art.

Precisamente, esa comprobación previa de la existencia de consentimiento matrimonial y de los requisitos generales de capacidad permite al instructor del acta o expediente denegarlo cuando constate que los contrayentes no quieren en realidad convertirse en esposos, sino celebrar un matrimonio de conveniencia o, en general, un matrimonio contrario a la ley”. Vid. E. SERRANO GÓMEZ, “La celebración del matrimonio (BIB 2015\18068)”, ob. cit. en nota 10.

¹⁵ No obstante, la DGRN en la Instrucción de 31 de enero de 2006, con ánimo de evitar los matrimonios de complacencia en los matrimonios con elemento extranjero, extiende el juicio que se realiza en el expediente a la eventual concurrencia de simulación en el matrimonio, que antes de que el mismo se celebre, sólo cabe presuponer, que no constatar, a partir de ciertos indicios.

¹⁶ Vid. sobre el tema autores como M. C., BAYOD LÓPEZ, “El dictamen médico del artículo 56.2 del Código Civil”, en *Revista jurídica de Navarra*, nº 12, 1991, p. 156; L., GONZÁLEZ MORÁN, “El Derecho Civil ante el matrimonio de los deficientes mentales”, J. Gafo (ed. lit.), J. R., Amor (ed. lit.), en VVAA, *Matrimonio y deficiencia mental* / 1997, pp. 143-170. A. M.ª, ROMERO COLOMA, “Capacidad e incapacidad para contraer matrimonio”, en *Diario La Ley*, núm. 7805, 24 de Febrero de 2012, (LA LEY 886/2012).

56 CC. En este sentido, en primer lugar, destaca la STS de 29 de abril de 2015¹⁷, en relación con la acción de nulidad de un matrimonio ejercida por los hermanos del esposo, tras su fallecimiento, alegando que padecía discapacidad intelectual pero que no se exigió un dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento.

Es lo cierto que “el Código Civil establece una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida (...). Esta presunción general de capacidad admite excepciones por las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado, y así sucede con el matrimonio porque el art. 56 CC dispone en el párrafo segundo que “si algunos de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su actitud para prestar consentimiento”. Paso previo a exigir referido dictamen es constatar por el encargado del Registro Civil en la entrevista reservada o por la documental obrante en el expediente, la existencia de alguna deficiencia o anomalía psíquica. Es por ello, que el Alto Tribunal rechaza que la sentencia que desestimó la demanda de nulidad infringiera el art. 56 CC al “no constar acreditado que el encargado del Registro Civil en su entrevista reservada percibiese esas deficiencias o anomalías psíquicas en el contrayente, como tampoco las percibió el notario autorizando el poder mencionado en el resumen de antecedentes o de la partición de las herencias de sus padres”.

A continuación, hay que resaltar la STS de 15 de marzo de 2018¹⁸, por la que revocando la sentencia recurrida, el Alto Tribunal ha declarado válido el matrimonio contraído en China (15 de enero de 2010) por un español, que sería incapacitado y sujeto a tutela cinco meses después (14 de junio de 2010), por padecer alzhéimer, habiendo sido presentada la demanda de modificación de la capacidad de obrar un año antes de la celebración del matrimonio (27 de diciembre de 2008). Hay que tener en cuenta que el 5 de mayo de 2009, estando pendiente el proceso judicial de modificación de capacidad de obrar, el difunto había presentado demanda de divorcio y, conociendo el juez la existencia de este procedimiento de modificación, lo consideró capaz para interponer la demanda y disolvió el matrimonio por divorcio.

Es lo cierto que en la sentencia recurrida se había estimado la demanda de nulidad de las hijas del contrayente español, presentada con posterioridad al fallecimiento de aquél (acaecido cinco años después de casarse), con el argumento de que, meses después de la celebración del matrimonio, se había modificado judicialmente su capacidad de obrar “en el sentido de quedar privado de toda facultad para realizar cualquier acto de gobierno de su persona y de administración y disposición de sus bienes, derechos e intereses que tenga relevancia jurídica y sea socialmente trascendente, y específicamente para el ejercicio del derecho de sufragio y para otorgar testamento, y con sometimiento del mismo a tutela”. Se había estimado determinante el informe forense realizado (el 17 de noviembre de 2009) con motivo del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, en el que se manifestaba que el padre “no podía responder a preguntas sencillas, como su edad, fecha de nacimiento, profesión, etc., o que no recordaba el nombre de sus hijas”, concluyendo que “padecía la enfermedad de Alzheimer, de etiología degenerativa, con carácter persistente e irreversible en el tiempo, debiendo ser considerado psíquicamente ‘No Capaz’ del gobierno de su persona y sus bienes”.

Sin embargo, el Tribunal Supremo se aparta de la valoración realizada por la Audiencia, considerando que “(...) a pesar de que con la incapacitación desaparece la presunción general de capacidad de los mayores de edad, siempre que puedan prestar consentimiento matrimonial pueden celebrar un matrimonio válido tanto los incapacitados como las personas que, sin estar incapacitadas, adolezcan de alguna discapacidad que, a otros efectos, les impida gobernarse por sí mismas. Es decir, la discapacidad intelectual, ‘per se’, no determinan la falta de consentimiento matrimonial ni, por ello, la nulidad del matrimonio”.

¹⁷ Roj: STS 1938/2015.

¹⁸ Roj: STS 846/2018.

Puesto que lo decisivo es la capacidad para expresar un consentimiento matrimonial referido a la persona del otro contrayente, la ausencia de informe médico tampoco determina 'per se' la nulidad del matrimonio.

No obstante, con dictamen médico o sin él, en ningún caso se excluye el ejercicio de una posterior acción judicial de nulidad en la que con todo medio de pruebas se valore la concurrencia de los requisitos de capacidad en el momento de la celebración del matrimonio" (F.D. 3°).

Hechas estas consideraciones, el Tribunal Supremo revoca la sentencia recurrida, por entender "que no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial y que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinar a reforzar el principio *favor matrimonii* (...). Así, debe concluirse afirmando la aptitud del difunto para contraer matrimonio, puesto que, conociendo que se estaba tramitando un procedimiento de modificación judicial de la capacidad, el juez le reconoció capacidad para presentar la demanda de divorcio frente a su anterior esposa y el cónsul no advirtió en la tramitación del expediente la falta de capacidad para otorgar consentimiento matrimonial. Frente a ello no puede prevalecer el informe elaborado durante el procedimiento de modificación de la capacidad y del que resulta que la enfermedad padecida por el difunto desde fechas anteriores a la celebración del matrimonio le impedía, a otros efectos, gobernarse por sí mismo. Puesto que, por lo dicho, ni el estar incapacitado ni el padecer discapacidad intelectual son hechos que excluyan por sí mismos la aptitud para celebrar el matrimonio, la sentencia recurrida restringe injustificadamente el derecho a contraer matrimonio, derecho reconocido a las personas con discapacidad por los tratados internacionales sobre derechos humanos y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" (F.D. 4°).

2.3. Eliminación de las limitaciones para la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad

Como hemos comentado anteriormente, el contenido vigente del art. 56 CC, en su párrafo segundo establece que si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. Resulta conveniente recordar, que fue la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria -y cuya entrada en vigor estaba prevista para el 30 de junio de 2017-, la que introduce una importante modificación en el artículo 56 del Código Civil, para ampliar la exigencia del dictamen médico, sobre la aptitud para prestar el consentimiento, en los casos en que alguno de los contrayentes estuviera afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales. Con esta modificación del citado artículo 56 se va mucho más allá de la redacción anterior del mismo, que, simplemente, preveía la necesidad del dictamen médico para aquellos casos en los que algún contrayente estuviera afectado por deficiencias o anomalías psíquicas.

¿Qué ha ocurrido¹⁹ para que, sin entrar en vigor, haya una nueva redacción del mismo art. 56 CC? Pues que la Dirección General de los Registros y del Notariado dictó la *Resolución Circular de 23 de diciembre de 2016*, sobre la interpretación y aplicación del mismo, y en esa Circular se decía que dicho precepto se debe aplicar a la luz de lo dispuesto en la Convención Nueva York de 2006. Así, con el propósito siempre de favorecer la celebración del matrimonio, el art. 56 CC se ha de interpretar de manera estricta y en relación a supuestos excepcionales en los que la discapacidad afecte de forma evidente e impeditiva, aún proporcionando los apoyos precisos, a la capacidad para prestar el consentimiento matrimonial. En consecuencia, si queremos lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones que las demás, si queremos eliminar las restricciones y

¹⁹ Vid. el siguiente enlace: <https://www.notariofranciscorosales.com/prohibido-casarse-a-sordos-y-ciegos-sin-autorizacion-medica/>.

proporcionar apoyos, debemos dar un régimen legal favorecedor de la celebración del matrimonio, si esa es la voluntad de las personas con discapacidad.

Y de esta interpretación vino la nueva redacción del art. 56 CC²⁰, por Ley 4/2017, de 28 de junio y del art. 58.5 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Ahora, el Encargado del Registro Civil, podrá recabar apoyos humanos, técnicos y materiales necesarios que faciliten la prestación del consentimiento del o los contrayentes. Ya no estamos ante el imperativo: “se exigirá”, si no ante el facultativo: “podrá”. Además, y solo en el caso excepcional de que algún contrayente presente una condición de salud que, “de modo evidente, categórico y sustancial” le pueda impedir que, pese a esas medidas de apoyo, pueda prestar el consentimiento matrimonial, solo en este caso, recabará el dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. Si el encargado acuerda la denegación, ésta deberá ser motivada y expresar, en su caso, con claridad la falta de capacidad o el impedimento en el que se funde la denegación.

El cambio y la evolución es evidente²¹: de hablar de deficiencias o anomalías psíquicas y exigir directamente el dictamen a, en primer lugar, recabar apoyos, y, en segundo lugar, la circunstancia de que si, aun existiendo estos apoyos y ayudas, el interesado de forma evidente no pueda prestar el consentimiento, será entonces y solo en esta situación extrema y excepcional cuando el encargado del Registro recabará el informe médico. Después, como se ha señalado, resolución motivada de la denegación, en su caso.

En esta misma línea se incardina la ya mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 que de acuerdo con las nuevas tendencias favorables a la promoción del ámbito individual de actuación de personas afectadas por alguna discapacidad psíquica, consecuencia de los Tratados internacionales en la materia, declara la validez de un matrimonio estando el contrayente incurso en procedimiento de incapacitación, sin informe médico previo, considerando que ni la discapacidad intelectual ni la falta de informe médico son por sí causa de nulidad del matrimonio; sin olvidar la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada²².

2.4. La ausencia de expediente previo en el matrimonio en peligro de muerte

En los casos de matrimonio en peligro de muerte no debe, por razones de urgencia, tramitarse el expediente previo para la celebración del matrimonio, de modo, que la comprobación de la inexistencia de obstáculos para el matrimonio queda, con frecuencia, pospuesta a la posterior inscripción del Acta en el Registro Civil. Así, el todavía vigente art. 52 CC establece que: *“este matrimonio no requerirá para su autorización la previa*

²⁰ El artículo 56.2 CC queda redactado del siguiente modo:” *el Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.*

²¹ Vid. M., CORERA IZU, “Discapacidad y derecho al voto”, en *Diario La Ley*, núm. 9148, 27 de Febrero de 2018, (LA LEY 1592/2018). También M^a. A., RENEDO ARENAL, “Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, (AIS: Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología), Vol. 5, N^o. 2, 2017, pp. 218-222.

²² En cuanto al matrimonio de personas que alcanzan una edad avanzada, si bien, no se planteó en este caso ninguna cuestión sobre la capacidad nupcial, queremos recordar el tema del futbolista Alfredo Di Stefano, de 86 años que manifestó que quería contraer matrimonio con una persona cincuenta años más joven que él, sospechando sus seis hijos que no había intenciones honestas en esta pretensión matrimonial. Los hijos presentaron demanda de incapacidad al descubrir que en los Juzgados de Madrid habían comenzado a tramitarse los papeles para celebrar la boda de su progenitor con su secretaria y acompañante en los últimos años. El 24 de abril de 2013 se presenta por sus hijos la demanda de incapacitación y la solicitud de medidas cautelares en relación con los bienes. Tales medidas fueron adoptadas, aunque no se llegó a declarar su incapacidad. Falleció el 7 de julio de 2014.

formación de expediente, pero sí la presencia, en su celebración, de dos testigos mayores de edad, salvo imposibilidad acreditada".

Sin embargo, con ello no se impide que el autorizante compruebe, someramente, la situación de peligro, ni que -siempre que sea posible y la urgencia del caso lo permita- se practiquen las pruebas necesarias para acreditar la concurrencia de los requisitos de capacidad matrimonial y de consentimiento al matrimonio por parte de ambos contrayentes (en especial, la aptitud mental de los contrayentes). En la práctica diaria²³ de los Encargados del Registro Civil, que son las autoridades que, con carácter general, se han venido encargando de la celebración de los matrimonios en peligro de muerte, podemos apreciar los siguientes trámites: primeramente, hay que subrayar que se exige en el momento de la solicitud inicial un principio de prueba de la urgencia vital, que puede ser aportada por cualquier persona; además, si hay dudas, se pide el dictamen urgente del Médico Forense de guardia adscrito al Registro Civil. A continuación, el Encargado accede a constituirse en el Hospital o domicilio donde se encuentra la persona, exigiendo que estén ambos contrayentes y dos testigos; en su caso, se puede auxiliar por el médico forense si hay dudas que pueda emitirse válidamente el consentimiento. Seguidamente, se redacta un Acta por el Secretario, donde se manifiesta por los contrayentes sus datos personales, estado civil -cotejando sus DNI- y la ausencia, a juicio del autorizante, de impedimentos y la existencia de plena capacidad. Por los testigos intervinientes se advierte lo manifestado por los contrayentes. Luego, el Encargado lee los artículos 66, 67 y 68 CC y prestado el consentimiento se les declara unidos en matrimonio. Advertir que se les requiere en el mismo Acta para que en el plazo de tres meses aporten la documentación pertinente, que queda unida al expediente que se ha formado con la comparecencia inicial y el Acta de celebración del matrimonio en peligro de muerte. Si está todo correcto, se dicta Auto aprobando el matrimonio celebrado el día que se documentó el Acta y la inscripción del mismo en la Sección 2º del Registro Civil, así como la expedición de Libro de familia.

Si bien, la exigencia del dictamen queda al libre arbitrio del funcionario o autoridad interviniente en la ceremonia, puesto que ese es el principio que recoge el art. 56 CC. De esta manera, la resolución de la DGRN de 11 de febrero de 2003 (RJ 2003\4025), considera que "si el autorizante del matrimonio juzga por sí que un enfermo físico tiene la conciencia suficiente para contraer matrimonio, no hay razón para exigir un certificado médico corroborante, porque esto no se compaginaría con la urgencia que, por definición, tiene todo matrimonio en peligro de muerte". En concreto, en este supuesto resuelto por la Dirección General, junto con la solicitud de tramitación del matrimonio en peligro de muerte se aportó, como principio de prueba, certificado médico oficial en el que constaba que el contrayente de 90 años de edad se hallaba en plenas facultades mentales pero en deficientes condiciones físicas que le impedían desplazarse de su domicilio siendo su estado grave y hallándose en peligro latente de muerte. Con posterioridad a la celebración del matrimonio el 5 de septiembre de 2002, se presentó escrito en el Registro Civil por la hija del contrayente, instando la anulación del matrimonio por incapacitación del contrayente y aportando como documento una demanda de incapacitación contra su padre presentada el 22 de julio de 2002, que resultó desestimada en virtud del auto de 2 de septiembre de 2002.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que "es fundamental la decisión del Encargado, que puede ir precedida de una audiencia personal a la contrayente, quien por su inmediación a los hechos es el que más fácilmente puede apreciarlos y formar su convicción respecto de ellos", en el caso límite resuelto por la RDGRN de 17 febrero 2010 (JUR\2011\102449) que concierne a una persona en la fase terminal de una grave enfermedad y en peligro inminente de muerte, pues fallece al día siguiente de contraer matrimonio, estando sometida a medicación propia de cuidados paliativos. En el mismo sentido, la RDGRN de 10 septiembre de 1999 (RJ 1999/10139), en la que se estimó que no

²³ Esta es la documentación que actualmente se utiliza para la tramitación e inscripción del matrimonio en peligro de muerte: comparecencia y solicitud inicial; informe del médico forense; acta de celebración del matrimonio en peligro de muerte; auto acordando la inscripción registral; notificación del auto, firmeza y entrega del libro de familia. Se pueden visualizar tales documentos en el siguiente enlace: http://www.sd-a.com/RegistroCivil/EXP/EXP02.aspx?CDG=EM_09&Num02=hj14gbngo0sh1p55ravjck55

había existido un defecto en la celebración de un matrimonio en peligro de muerte por no haberse solicitado tal dictamen, dado que no había duda para el autorizante de la unión acerca de la capacidad de los contrayentes. Por el contrario, si en estos momentos previos a la celebración el autorizante constata la falta de capacidad de los contrayentes, no deberá celebrar el matrimonio. Éste es el supuesto que resolvió la RDGRN de 9 marzo de 1996 (RJ 1996/3361) en la que se denegó la celebración del matrimonio por no encontrarse el enfermo en condiciones para expresar su voluntad inteligiblemente, deduciéndose además de su comportamiento la intención de no casarse.

En el caso resuelto por la RDGRN de 21 octubre 2014 (JUR\2015\261429) el dictamen médico que se utiliza es de fecha posterior a la celebración del matrimonio, pero previo a su inscripción registral y es emitido por el Médico forense con ocasión de un procedimiento de incapacitación que se insta por los hijos del contrayente después de la celebración del matrimonio en peligro de muerte. Se celebra el matrimonio en el domicilio del interesado el 15 de octubre de 2012. Se realiza el informe del médico forense²⁴ el 13 de noviembre de dicho año en el marco del procedimiento seguido en relación con la capacidad del interesado. El 23 de noviembre de 2012, la Encargada del Registro Civil cita al Médico Forense que realizó el informe para que comparezca ante ella. El contrayente fallece el 1 de diciembre de 2012.

Es por ello que la misión de las personas facultadas para autorizar el matrimonio del que se halle en peligro de muerte es especialmente delicada porque las circunstancias subjetivas del contrayente pueden hacer dudar si está o no en condiciones psíquicas suficientes para prestar el consentimiento matrimonial, consentimiento que se concibe como un requisito imprescindible para la validez del matrimonio. Por esto, los autorizantes de tales enlaces han de extremar el cuidado en la apreciación de la capacidad del afectado y, cuando la urgencia del caso lo permita, los Jueces Encargados del Registro Civil deberán recabar el oportuno dictamen médico, pues, aunque éste está previsto para el expediente previo al matrimonio (art. 56 CC) concurren las mismas o más fuertes razones para que, si ello es posible, no haya de prescindirse de esta garantía en el matrimonio en peligro de muerte de un enfermo²⁵.

Sobre lo delicado de la labor del autorizante del matrimonio en peligro de muerte y lo conveniente de desplegar una actividad investigadora, requiriendo el dictamen médico siempre que sea posible, consideramos interesante traer a colación el Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de la Sala de lo Civil y Penal, de 26 diciembre de 2000 (ARP 2000\3312) que desestima el recurso de apelación y confirma el auto dictado por el Magistrado Instructor que acuerda el archivo de las diligencias por no ser los hechos constitutivos de delito; si bien, se disiente en el voto particular, considerando que a la jueza no debió pasarle desapercibida la falta de aptitud y capacidad del enfermo para prestar el consentimiento que el matrimonio requiere, existiendo fundados indicios

²⁴ En la comparecencia del Médico forense y en relación con la capacidad del contrayente en el momento de celebración de matrimonio para prestar un consentimiento matrimonial válido, éste manifiesta que no se podía descartar que en la fecha de celebración del matrimonio, el contrayente hubiera podido prestar un consentimiento válido, debido a la enfermedad de carácter degenerativo que sufría y que el interesado fue examinado aproximadamente un mes después del matrimonio, no pudiendo afirmarse que el deterioro cognitivo que el mismo presentaba en dicha fecha fuera retrotraíble al 15 de octubre, día en el que contrajo matrimonio. Por otra parte, se concluye que, a la vista de la firma que figura en el acta de matrimonio, que es de puño y letra del contrayente, parece que no tenía muy deteriorada su capacidad motriz a la hora de emitir dicha firma. Asimismo, obra en el expediente escritura de poder general otorgada por el Sr. C. el 7 de septiembre de 2012, un mes antes de la celebración del matrimonio, considerando el Notario que el poderdante tenía la capacidad legal para ello. Finalmente, fue la propia Encargada del Registro Civil la que procedió a celebrar el matrimonio, estimando que "pese a lo avanzado de su enfermedad en dicha fecha, [el Sr. C.] era perfectamente consciente de lo que hacía y entendía el sentido de las preguntas que se le dirigieron por la misma, y que prestó el consentimiento matrimonial sabiendo lo que ello comportaba, de todo lo cual dio fe la Secretaria Judicial que levantó la correspondiente acta. Junto a ello, todo el ritual de la boda en el que colaboró el contrayente, -ya que no estaba postrado en la cama, sino incorporado y vestido para la ocasión-, como fue el intercambio de anillos, beso, firma de su propio puño y letra del acta matrimonial, fotos- avalan la citada convicción"

²⁵ En este sentido la RDGRN de 16 marzo 1992 (RJ 1992\2570).

para estimar que conocía o conoció el estado físico y psíquico del enfermo con el que Josefina pretendía contraer matrimonio, entendiendo que las actuaciones deberían continuar.

Se discute acerca de si en la prestación del consentimiento por don Feliciano en el matrimonio celebrado *in articulo mortis* el 12 de noviembre de 1997 con doña Josefina y autorizado por la señora Juez de Paz Sustituta, ésta autorizó el matrimonio de persona que no podía prestar ese consentimiento dada su condición física, lo que se hizo siendo plenamente consciente la autorizante de esta circunstancia que determina la causa de nulidad del número 1º del artículo 73 del Código Civil, incurriendo en delito de autorización de matrimonio ilegal del art. 219.1 del Código Penal.

La Sala de lo Civil y lo Penal, compartiendo la opinión del Magistrado Instructor estima la inexistencia de delito en base a lo siguiente: “a) que no existe en las actuaciones indicio alguno de que la señora Juez conociera a los contrayentes antes de que la contrayente se presentara en el Juzgado de Paz, interesándose por la celebración del matrimonio *in articulo mortis*. Después, al llegar a ese Centro hospitalario, nada permite afirmar que la señora Juez tuviera el propósito de autorizar un matrimonio ilegal, y nada lo permite porque de todos los hechos conocidos ninguno consiente ni siquiera sospechar intención alguna de favorecer o de perjudicar a otra persona. b) que los acontecimientos se desarrollaron de modo que la señora Juez pudo estar convencida de que el matrimonio se autorizaba, sí con un hombre en estado de grave enfermedad, pero, por otro lado, sin nada que le hiciera pensar que podía llegar a realizar algo ilegal. La señora Juez al entrar en la habitación del Hospital se encontró: Con un Capellán, sacerdote católico, que le decía que el enfermo se comunicaba con el exterior abriendo y cerrando los ojos y apretando la mano y que así lo había hecho desde su ingreso en el Centro, debiendo añadirse que el Capellán visitaba al enfermo casi todos los días. Con la madre de otro enfermo ingresado en el mismo Centro y habitación, que decía que el señor M. mostraba su consentimiento por medio del parpadeo de los ojos y que a veces le caían lágrimas. Por fin, con la señora G., la otra contrayente del matrimonio, que afirmaba lo mismo.

En estas circunstancias siempre será posible decir que la señora Juez al entrar en la habitación debió de recabar la opinión de un médico sobre la capacidad mental del enfermo, pero ello será, primero, una conclusión *a posteriori* y, después, una generalidad carente de sentido en el caso concreto. (...). El delito de autorización de matrimonio ilegal exige, según el artículo 219.1 del Código Penal, que el autorizante tenga conocimiento de la causa de nulidad, y el mismo presupone la realización de una autorización siendo plenamente consciente de una circunstancia que conduce a la nulidad. De la interpretación literal de la norma podría incluso estimarse que no se trata ya de que el autorizante se asegure de algún modo, desplegando una actividad investigadora, de que el contrayente puede válidamente prestar su consentimiento, sino de saber que no puede hacerlo.

Ese conocimiento no puede estimarse que concurriera en la señora Juez Sustituta. La Sala estima que, sin dejar de aludir como cláusula de estilo, a que pudo realizar esa actividad investigadora, la señora Juez Sustituta actuó dentro de los parámetros de lo que puede estimarse razonable en un matrimonio *in articulo mortis*, atendidas las circunstancias objetivas concurrentes y la subjetivas propias de la persona en cuestión”.

2.5. El dictamen médico que acredite la gravedad de la situación y la capacidad del contrayente cuando el peligro de muerte deriva de enfermedad o estado físico

La nueva regulación del matrimonio en peligro de muerte plasmada en el art. 52 CC señala en su último párrafo que “*no requerirá para su celebración la previa tramitación del acta o expediente matrimonial, pero sí la presencia, en su celebración, de dos testigos mayores de edad y, cuando el peligro de muerte derive de enfermedad o estado físico de alguno de los contrayentes, dictamen médico sobre su capacidad para la prestación del consentimiento y la gravedad de la situación, salvo imposibilidad acreditada*”; si bien se añade una importante aclaración relativa a la aplicación de lo dispuesto en el art. 65 CC, esto es, la exigencia de que se proceda antes de la inscripción del matrimonio celebrado a la

constatación del cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 44 a 48 CC, sobre capacidad para contraer matrimonio.

Luego del precepto transcrito se desprende, en consonancia con la concurrencia del riesgo vital y continuando con lo previsto por la legislación anterior, que no se exige para la celebración del matrimonio del que se halle en peligro de muerte “*constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio*” (según nueva redacción del art. 51.1 CC).

La mayor novedad introducida por la LJV/2015 es la exigencia formal consistente en la necesidad de contar con un dictamen médico que tiene una doble función: por un lado, permitir al sujeto oficiante de la celebración del matrimonio controlar si el contrayente tiene una consciencia suficiente para contraer matrimonio. En segundo lugar, corroborar la gravedad de la enfermedad, esto es, la probabilidad de que el sujeto fuere a fallecer en un corto periodo de tiempo, que justifique la posibilidad de acudir a esta forma extraordinaria de celebración del matrimonio. A su vez, el peligro de muerte ha de derivar “*de enfermedad o estado físico de alguno de los contrayentes*”²⁶. Con todo, el precepto permite excusar el incumplimiento del requisito del informe médico en caso de imposibilidad acreditada. La exigencia del dictamen médico parece referirse únicamente al matrimonio contraído por persona aquejada de grave enfermedad, esto es, al supuesto previsto en el número primero de este art. 52 CC, y no así al matrimonio de contrayentes en situación objetiva de riesgo para su vida, contemplado en los números segundo y tercero del art. 52 CC.

Siguiendo a MINERO ALEJADRE²⁷, la autora estima que “con la exigencia del informe médico se trata de evitar que la aplicación del artículo 52 CC se convierta en un subterfugio para evitar tener que cumplir con las exigencias de informe médico y expediente o acta matrimonial previstas en el art. 56 CC, cuando la gravedad de la situación no sea extraordinaria y justificativa de la aplicación del art. 52 CC”. Si bien, con las últimas reformas introducidas tendentes a facilitar el matrimonio de las personas con discapacidad el ámbito objetivo de aplicación de la exigencia de examen médico conforme al art. 52 CC es mucho más amplio que el supuesto tradicionalmente contemplado en el párrafo segundo del art. 56 CC, pues este último viene limitado al supuesto en el que uno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, que se amplió tras la reforma realizada por la LJV, a la deficiencias sensorial del contrayente y, finalmente ha quedado reducida la exigencia del dictamen médico para el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo.

Así, estimamos que la reforma introducido en 2015 se ha limitado a exigir expresamente lo que venía siendo una práctica oficiosa que ya se realizaba por los Encargados del Registro civil, pues por un lado, exigían con anterioridad a la celebración del matrimonio, en el momento de la solicitud inicial, un principio de prueba de la urgencia vital para determinar la entidad del riesgo de muerte que afecta al paciente; y por otro, si bien la urgencia del

²⁶ Según CARRIÓN VIDAL “las anomalías psíquicas parece deban ser reconducidas a la enfermedad, en tanto que el estado físico aludiría, por ejemplo, a la existencia de secuelas incompatibles con la vida, y derivadas (por ejemplo) de un accidente de tráfico. En cualquier caso, el ámbito de lo puramente “físico” exigirá un cierto grado de precaución, por cuanto una de dos: o se tratará de supuestos en su mayor parte reconducibles a la “enfermedad”, o en otro caso, no resulta del todo fácil admitir que lo puramente “físico” pueda erigirse en obstáculo para la celebración del matrimonio, siempre claro es que el consentimiento pueda emitirse de modo consciente, lo cual es perfectamente compatible, como es obvio, con la posible existencia de anomalías físicas incluso graves. El derecho a contraer matrimonio, la libertad nupcial, reconocida en el art. 32.1 CE, obliga de suyo a concluir que las barreras al ius connubi sean las menores posibles” (vid. vid. A., CARRIÓN VIDAL, “Comentarios a vuela pluma en materia de capacidad y forma de celebración del matrimonio, tras la modificación del Código civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, p. 385. Consultado en <http://idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/comentarios-a-vuela-pluma-en-materia-de-capacidad-y-forma-de-celebracion-del-matrimonio-tras-la-modificacion-del-codigo-civil-por-la-ley-152015-de-2-de-julio-de-la-jurisdiccion-voluntaria-boe-d/>

²⁷ G., MINERO ALEJANDRE, “Artículo 52”, en ob. cit., en nota 3, p. 146.

caso eximía de la formación del expediente previo²⁸, el autorizante extremaba el cuidado para apreciar una capacidad suficiente de los contrayentes para prestar válido consentimiento matrimonial desplegando, cuando era posible, una actividad investigadora y apoyándose en el previo dictamen médico.

En cualquier caso, tal y como precisa MINERO ALEJANDRE²⁹, el cumplimiento de la exigencia del informe médico no exime de la comprobación, para la inscripción registral del matrimonio, de la capacidad de las partes y de la inexistencia de vínculo matrimonial previo, en ejercicio de lo dispuesto en el art. 65 CC.

2.6. Los funcionarios o autorizantes del matrimonio en peligro de muerte

El reformado apartado segundo del art. 51 CC ha introducido una serie de modificaciones en la regulación de la competencia para la celebración del matrimonio. En primer lugar, la antigua competencia del Juez encargado del Registro Civil se sustituye por la del Juez de Paz y se elimina la referencia a la competencia del sujeto designado reglamentariamente en los municipios en los que no resida el Juez encargado del Registro Civil. A ello se une la tradicional competencia del Alcalde del municipio donde se celebra el matrimonio, lo que incluye la posibilidad de delegación de la atribución a los concejales. Seguidamente, se cita la competencia para autorizar el matrimonio del Secretario Judicial o Letrado de la Administración de Justicia y del Notario³⁰ que hubiera sido elegido por los contrayentes, siempre que ese sujeto ostente competencia en el lugar de celebración. Finalmente, se mantiene la competencia sustitutiva por razones de extraterritorialidad del funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero. Por tanto, se amplía considerablemente la lista de personas ante las que se puede prestar el consentimiento matrimonial. Ello se ve completado con las indicaciones contenidas en el art. 57 CC³¹ que distingue entre la competencia para instruir el expediente previo y la facultad que tiene el que sea competente para instruirlo de delegar su celebración ante una autoridad o funcionario distinto. En definitiva, al igual que ocurre ahora, puede suceder que instruya el expediente o el acta uno de los funcionarios que enuncia el art. 51.1CC atendiendo al domicilio de uno de los contrayentes y que se celebre ante otro distinto en una población en que no tengan su domicilio ninguno de los novios; pero a diferencia de lo que ocurría antes, la delegación del instructor deja de ser discrecional y pasa a estar vinculada a la solicitud de los que quieren casarse en forma civil.

²⁸ Vid, RDGRN, de 9 de marzo de 1996 (RJ: 1996/3361), en la cual se ha negado la posibilidad de contraer tales nupcias cuando el enfermo no se encuentra con la capacidad natural para expresar su voluntad de modo inteligible. Por el contrario, en la RDGRN, de 16 marzo 1992 (RJ: 1992/2570), sí se ha admitido cuando aun a pesar de encontrarse el enfermo internado en la Unidad de Cuidados Intensivos de un Hospital, en estado muy grave, sometido a una intensa medicación y a ventilación mecánica, el mismo se podía comunicar por medio de signos afirmativos o negativos realizados con la cabeza. Además, consta un certificado del Jefe del Servicio de Medicina Intensiva del Hospital en el que se afirma que el enfermo estaba, en el mismo día en que tuvo lugar el enlace, en uso de sus facultades mentales y que, a la vista de este certificado, el Juez Encargado del Registro Civil procedió a autorizar el matrimonio, en presencia de los contrayentes y dos testigos, levantándose el acta oportuna por el Secretario.

²⁹ G., MINERO ALEJANDRE, “Artículo 52”, en ob. cit., en nota 3, p. 146.

³⁰ La Circular del Consejo General del Notariado 1/2015, de 18 de julio de 2015, aprobada por posterior Instrucción de la DGRN (Instrucción de 3 de Agosto de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la intervención de los Notarios y Secretarios Judiciales en la celebración de bodas al amparo de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria) consideró que, a pesar de que la entrada en vigor sobre la tramitación de los expedientes matrimoniales y de los nuevos artículos de la Ley del Notariado relativos a la celebración del matrimonio se encuentre aplazada hasta la definitiva entrada en vigor de la Ley del Registro Civil de 2011, los notarios podrían otorgar válidamente las escrituras de celebración del matrimonio a partir de la misma entrada en vigor de la LJV/2015, sujetándose a las reglas generales de la legislación notarial y el Código Civil.

³¹ Tras su redacción por la Ley 15/2015 dice esta norma que “*el matrimonio tramitado por el Secretario judicial o por funcionario consular o diplomático podrá celebrarse ante el mismo u otro distinto, o ante el Juez de Paz, Alcalde o Concejál en quien éste delegue, a elección de los contrayentes*”; que “*si se hubiere tramitado por el Encargado del Registro Civil, el matrimonio deberá celebrarse ante el Juez de Paz, Alcalde o Concejál en quien éste delegue, que designen los contrayentes*”; y por último que “*si fuera el Notario quien hubiera extendido el acta matrimonial, los contrayentes podrán otorgar el consentimiento, a su elección, ante el mismo Notario u otro distinto del que hubiera tramitado el acta previa, el Juez de Paz, Alcalde o Concejál en quien éste delegue*”.

En plena coherencia con lo establecido en el art. 51, el mencionado art. 52 CC que regula la celebración del matrimonio *in extremis* muerte permite a los contrayentes que se encuentran en tal supuesto de hecho beneficiarse de la ampliación del listado de sujetos con competencia general para la celebración de matrimonios.

Conectando con lo dicho, la reforma introducida por la LJV/2015 ha afectado al listado de sujetos competentes para la celebración del matrimonio de persona que se halle en peligro de muerte. Al Oficial o Superior inmediato de contrayentes militares en campaña y al Capitán o Comandante de contrayentes a bordo de nave o aeronave, prevista en los números segundo y tercero de esta norma se suma una ampliación de la lista de posibles sujetos oficiantes que se preveía en el primer apartado. A la tradicional competencia del Juez Encargado del Registro civil, el delegado de éste o el Alcalde, (si bien, cuando cese la *vacatio legis* desaparecerá la posibilidad de celebrar este matrimonio urgente ante el Juez encargado del Registro Civil) se une la de los sujetos mencionados en el nuevo art. 51.2 CC, en relación a matrimonios que no presentan la característica del peligro de muerte, esto es, el Secretario judicial, Notario o Funcionario diplomático o consular Encargado del Registro civil en el país extranjero. En la nueva redacción de esta norma se contempla expresamente la posibilidad de que el Alcalde delegue la competencia para la celebración en el correspondiente Concejal.

La competencia para celebrar esta forma extraordinaria de matrimonio se otorga a los sujetos mencionados en el art. 52 CC de forma concurrente o alternativa³², habiéndose superado la interpretación que defendía el carácter subsidiario de la competencia del Alcalde con respecto a la del Juez Encargado del Registro civil y a la del delegado. La tradicional falta de exigencia a los sujetos implicados en la celebración del matrimonio in articulo mortis de las reglas sobre competencia territorial e innecesariedad de formalizar la correspondiente delegación es extensible a la nueva redacción del artículo 52 CC, a pesar de la eliminación de la mención “*aunque los contrayentes no residan en la circunscripción respectiva*”, que expresamente contemplaba el primer epígrafe del precepto mencionado.

El nuevo texto, igual que ocurría en la redacción anterior, sigue exigiendo la presencia de dos testigos mayores de edad en el momento de la celebración del matrimonio en peligro de muerte. Sobre este particular, la doctrina³³ se había pronunciado sobre lo innecesario de este requisito, entendiendo que lo correcto habría sido eliminar la presencia de los dos testigos. Se argumentaba que de ser necesarios, ya aparecían previstos en el anterior art. 57 CC³⁴; destacando, por otra parte, que dado que la ausencia de éstos en la ceremonia no daba lugar a la nulidad del matrimonio si la misma estaba fundada en una “imposibilidad acreditada”, todo ello contribuía a reforzar la postura de su innecesariedad.

Sin embargo, si antes de la reforma se acreditaba la imposibilidad de la presencia de los testigos el matrimonio continuaba siendo válido, en cambio en el nuevo art. 52 CC no hay excepción alguna por cuanto a la presencia de los testigos se refiere; ello ha llevado a concluir a CARRIÓN VIDAL³⁵ que la ausencia de testigos acarreará la nulidad del matrimonio del que se halle en peligro de muerte, al no quedar amparado el supuesto por el art. 53, y sí por el contrario hallarse por completo incluido en el número 3º del art. 73 CC.

³² Vid. en este sentido a G., MINERO ALEJANDRE, “Artículo 52”, en ob. cit., en nota 3, pp. 143-144.

³³ Vid. E., ABAD ARENAS, “El art. 52 del CC y el matrimonio “in extremis”: nuevas perspectivas a la luz de la Ley 40/2007 y los fraudes a la Seguridad Social”, (...), ob. cit., en nota 5, pp. 12-13.

³⁴ El art. 57 CC, en su nueva redacción, no en la todavía vigente, se olvida de añadir que en el acto de prestación del consentimiento matrimonial es además requisito de solemnidad la presencia de dos testigos mayores de edad, pero así habrá de seguirse entendiendo a la vista de lo dispuesto en su art. 73.3 CC

³⁵ Según la autora “conduce, necesariamente, a tal interpretación la circunstancia de que la salvedad “*salvo imposibilidad acreditada*” viene referida, exclusivamente, al supuesto en el que derivando el peligro de muerte “*de enfermedad o estado físico de alguno de los contrayentes*”, no sea posible emitir “*dictamen médico sobre su capacidad para la prestación del consentimiento y la gravedad de la situación*”, vid. ob. cit., A., CARRIÓN VIDAL, “Comentarios a vuela pluma en materia de capacidad y forma de celebración del matrimonio, tras la modificación del Código civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, ob. cit. en nota 26, p. 384.

2.7. Inscripción del matrimonio en peligro de muerte

Como señala la mayoría de la doctrina³⁶, el matrimonio celebrado en peligro de muerte tiene validez desde el momento de la celebración, a diferencia de la regulación anterior (arts. 93, 94 y 95 CC) que le atribuía carácter condicional, mientras no se acreditara legalmente la libertad previa de los contrayentes, si bien la doctrina no había llegado a soluciones acordes sobre el sentido de dicha condicionalidad. El actual art. 52 CC no contiene referencia alguna al carácter condicional del matrimonio, y únicamente se establece que cuando el matrimonio se haya contraído sin haberse tramitado el expediente previo, antes de inscribirse en el Registro Civil deberá el encargado comprobar si concurren los requisitos legales para su celebración (art. 65 CC). Pero de ello no se sigue que el matrimonio en peligro de muerte haya de calificarse de condicional, sino que el matrimonio será válido si se han cumplido los requisitos que exige la ley para su celebración y nulo si se contrajo no encontrándose ninguno de los contrayentes en peligro de muerte (art. 73.3 CC) o concurriendo alguno de los impedimentos o prohibiciones que establece la ley (art. 73.2 CC).

Por otra parte, la nueva regulación del matrimonio *in articulo mortis* recogida en el art. 52 CC, añade expresamente una importante aclaración relativa a la aplicación de lo dispuesto en el art. 65 CC³⁷, esto es, la exigencia de que se proceda antes de la inscripción del matrimonio celebrado a la constatación del cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 44 a 48 CC, sobre capacidad para contraer matrimonio. Luego, en ausencia de un examen previo, se prevé un control posterior³⁸, en el momento de la inscripción, con el fin de evitar que puedan entrar en el Registro Civil matrimonios que incumplen los requisitos de validez legalmente establecidos, por lo que el nuevo³⁹ art. 65 CC seguirá siendo aplicable -al igual que el anterior- en los casos de matrimonio en peligro de muerte, del celebrado por un español fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración y del celebrado por dos extranjeros en España cumpliendo la forma establecida por la ley personal de cualquiera de ellos.

La comprobación que ha de efectuar el encargado del Registro antes de proceder a inscribir el matrimonio puede discurrir por dos caminos registrales distintos.⁴⁰ El primero, parte de la existencia del acta que el autorizante del matrimonio *in extremis* extenderá, una vez celebrado. En tal caso, el encargado comprobará la realidad del hecho y su legalidad

³⁶ L., PUIG FERRIOL, "Comentario al artículo 52 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia*, tomo I, 1991, pp. 284-286. Por su parte, considera ABAD ARENAS que la inscripción comporta que su eficacia se retrotraiga al momento de la celebración, y mientras ello se comprueba, tanto la validez como los efectos del mismo quedarán en suspenso, por tanto, si se deniega la inscripción por no concurrir aquéllos, el matrimonio entendemos que no habrá llegado a existir (vid. E., ABAD ARENAS, "El art. 52 del CC y el matrimonio "in extremis": nuevas perspectivas a la luz de la Ley 40/2007 y los fraudes a la Seguridad Social", en op. cit., en nota 5, pp. 11-12).

³⁷ La nueva redacción del art. 65 CC, (cuya entrada en vigor está prevista en la fecha de la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, según establece la disposición final 21.3 de la Ley 15/2015, en la redacción dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio) obliga al Secretario judicial, al Notario, o al funcionario diplomático o consular que lo haya celebrado a comprobar "antes de realizar las actuaciones que procedan para su inscripción (...) si concurren los requisitos legales para su validez"; y de haber tenido lugar su celebración ante una autoridad o funcionario sin competencia para llevar a cabo el control previo, la misma está obligada a remitir la correspondiente acta al Encargado del Registro Civil, que en este caso debe abrir un expediente posterior para poder inscribirlo.

³⁸ A., PANIZA FULLANA, "Matrimonio en peligro de muerte", coords. F. Lledó Yagüe, A. Sánchez Sánchez, O. Monje Balmaseda en *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de familia*, vol. 1 parte sustantiva, Dykinson, 2011, pp. 243-244.

³⁹ La redacción anterior a 2015 del mencionado precepto excluía de su aplicación a los matrimonios celebrados en forma religiosa (que se regían por el art. 63.II CC). Sin embargo, considera MINERO ALEJANDRE que la nueva redacción de este precepto busca abarcar la totalidad de formas de celebración del matrimonio y dar una solución al incumplimiento de la exigencia de certificación de la capacidad matrimonial de los contrayentes con carácter previo a la fecha de celebración del matrimonio, conforme se exige para el matrimonio en forma civil en los arts. 51 y 56 CC; y para el matrimonio en forma religiosa en la normativa específica que le es de aplicación (art. 7 de las Leyes 24 y 25/1992, para los matrimonios evangélico y judío; y el art. 60.2 para los matrimonios de confesiones inscritas en el Registro de Entidades Religiosas y que cuenten con reconocimiento de notorio arraigo en España). Vid. G., MINERO ALEJANDRE, "Artículo 65 del Código Civil", op. cit. en nota 3, pp.179-181.

⁴⁰ M. J., MARÍN LÓPEZ, "Artículo 56 del Código Civil", coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano de *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2001, p. 166.

conforme a la ley española, a través del título presentado y de las declaraciones complementarias oportunas (art. 256 RRC); no se ve obligado, por tanto, a tramitar un verdadero expediente. En caso de no existiera tal acta, el segundo instrumento registral es el previsto en el art. 257 RRC. Siempre que haya dudas de la realidad del matrimonio o no existan los documentos del art. 256 RRC, el encargado deberá tramitar un expediente, y éste concluirá permitiendo la inscripción únicamente cuando se acredite debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos⁴¹.

III. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO CELEBRADO EN PELIGRO DE MUERTE

En nuestro ordenamiento jurídico-positivo la validez del matrimonio viene condicionada, en primer término, a la concurrencia en los contrayentes de ciertos requisitos o presupuestos objetivos, tipificados por la ley, que lo son de validez del matrimonio. (arts. 46 y 47 CC), en segundo lugar a la prestación libre, y sin vicios invalidantes, del consentimiento matrimonial, según previene el artículo 45, y, finalmente, a la concurrencia de los requisitos formales establecidos en los artículos 49 y siguientes; de ahí que la falta de cualquiera de dichos condicionantes determine la nulidad⁴² del vínculo matrimonial del artículo 73.

Sin embargo no todas las expresadas causas ostentan el mismo rigor respecto de la sanción de la ineficacia *ex tunc* del vínculo conyugal contraído, pues el principio del *favor matrimonii* permite en determinados supuestos la ulterior convalidación del vínculo matrimonial que, al momento de su celebración, adolecía de determinados defectos en principio invalidantes, ya por una tácita renovación de un consentimiento que entonces no se pudo prestar, por falta de discernimiento suficiente, o bien por el voluntario o libre mantenimiento de la convivencia matrimonial una vez cesado el vicio del consentimiento que concurrió al momento de su prestación (arts. 75 y 76), y ello sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 78 respecto de la buena fe con que se contrajo el matrimonio, en cuanto superadora de defectos de forma. Es en dichos ámbitos donde el Código civil permite la superación del rigor dimanante de la literalidad del art. 73, lo que obviamente excluye otros posibles mecanismos jurídicos sanadores de vicios invalidantes del negocio matrimonial, que ni la analogía permite, ni atempera la equidad.

3.1. Nulidad por ausencia de los presupuestos o requisitos para la válida prestación del consentimiento matrimonial, salvo dispensa de los que son dispensables

Nuestro ordenamiento jurídico positivo es tajante, y sin fisura posible, al exigir, como ineludible e insuperable condición para la validez de una unión nupcial, el que, al momento de su celebración, ambos consortes gocen de absoluta libertad, en cuanto no ligados por un vínculo matrimonial anterior subsistente, de tal modo que el segundo matrimonio queda impedido en tanto subsista el primero, lo que tiene lugar mientras no se haya disuelto por

⁴¹ En el supuesto de la RDGRN de 10 de septiembre de 1999 se pone de manifiesto que cuando el matrimonio en peligro de muerte está documentado en el acta oportuna (art. 256.1º RRC), la inscripción de tal acta se efectúa, no por medio de ningún expediente (art. 257 RRC), sino por la calificación del Encargado de dicha acta y de las declaraciones complementarias oportunas (art. 256 «fine» RRC en relación con el art. 654 CC). La intervención del Ministerio Fiscal sólo es preceptiva en la tramitación de expedientes, pero no en la labor de calificación.

⁴² Siguiendo a De Pablo Contreras, las principales causas de nulidad que pueden afectar al matrimonio son: 1) Ausencia de los presupuestos o requisitos para la válida prestación del consentimiento matrimonial, salvo dispensa de los que son dispensable (arts. 73. 2, 46, 47 y 48 CC). 2) Ausencia de consentimiento en uno o los dos contrayentes por falta de aptitud para entender y querer en el momento de prestarlo y la existencia en el prestado de un vicio que haga que aquél no sea plenamente consciente o libre (art. 73.1, 4 y 5 CC). 3) La no adhesión de los contrayentes al modelo o concepto de matrimonio predispuesto por el ordenamiento que haga que su consentimiento, aun consciente y libre, no sea matrimonial (art.73.1 CC). 4) El incumplimiento de los requisitos de forma *ad solemnitatem* impuestos por la ley para la recepción del consentimiento de los contrayentes (art. 73.3 CC) o, en su caso, de otras formalidades. Vid. P. DE PABLO CONTRERAS, “Capítulo 5: El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio”, en ob. cit., nota 1, p. 141-142.

muerte, por la declaración de fallecimiento del otro cónyuge (pero será válido si se celebra el segundo después de la fecha en que se entienda acaecido el fallecimiento según la resolución que lo declare: vid. párrafo segundo del art. 195 CC) o por el divorcio desde la sentencia que así lo declare (cfr. art. 85 CC).

Es lo que acontece en el supuesto resuelto por la RDGRN de 8 de junio de 2005⁴³. Se trata de un caso sobre el que no hay duda de la nulidad del matrimonio que se pretende inscribir; en concreto es un matrimonio en peligro de muerte celebrado el 29 de agosto de 2001, pues en tal fecha la contrayente estaba ligada a un matrimonio anterior, celebrado con otro español en 1999, del cual no se divorció sino por sentencia judicial de 8 de octubre de 2002. Consiguientemente el segundo matrimonio de la interesada es nulo por concurrir el impedimento de ligamen (art. 46.2 CC).

Existe también un impedimento de ligamen en el supuesto que resuelve la RDGRN de 18 de febrero de 1995 (RJ 1995\2280). En este caso, el interesado celebra un primer matrimonio en 1946; en 1975 a iniciativa de la esposa se declara judicialmente el fallecimiento de aquél; en 1980, recae resolución judicial que deja sin efecto la declaración de fallecimiento por reaparición del desaparecido. En marzo de 1990 se autoriza en peligro de muerte el segundo matrimonio de esta persona con otra mujer; en mayo 1990 muere el contrayente y en junio se pronuncia sentencia de divorcio por que se disuelve el matrimonio celebrado en 1946. En este caso la Dirección General consideró que el matrimonio subsistió hasta el fallecimiento del contrayente en mayo 1990, de manera que en marzo de 1990, el estado civil del contrayente seguía siendo casado y no puede inscribirse el segundo matrimonio celebrado en peligro de muerte, ya que es nulo por concurrir impedimento de ligamen.

3.1.1.- Impedimento de vínculo y disolución del primer matrimonio por la acción de divorcio. Sus características

Acerca de las particularidades que presenta la acción de divorcio como acción de estado, GARCÍA CANTERO⁴⁴ ha destacado su carácter personalísimo, la exigencia de ejercicio judicial, su carácter constitutivo, que es imprescriptible e irrenunciable. Tales características reclaman una matización después de las reformas que ha experimentado el matrimonio desde 2005. Ciertamente, la Ley 15/2005, de 8 de julio, decidió basar la normativa del matrimonio y sus incidencias en el principio de libertad y libre desarrollo de la personalidad. Este predominio del consentimiento se manifiesta especialmente en la regulación del divorcio, dada la posibilidad del divorcio por petición unilateral de cualquiera de los cónyuges, sin necesidad de alegación de causa o motivo alguno, de modo que el Juzgador, al resolver sobre la procedencia o no del divorcio solicitado, carece de margen de ninguna clase para desestimar esa pretensión, salvo que no se cumpla el período mínimo de tres meses de vigencia del matrimonio.

3.1.1.1. Exigencia de ejercicio judicial

Señala GARCÍA CANTERO que cuando se resalta que la acción de divorcio sólo es ejercitable mediante un procedimiento judicial que finalice en sentencia firme, se quiere dejar claro que los cónyuges no pueden divorciarse por su propia autoridad en forma privada, ni ante notario, ni ante cualquier otra autoridad pública.

Sin embargo, con la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria el divorcio pierde la que permanecía como una de sus características más destacadas, pues ya no será, en todo caso, judicial, compartiendo escenario con el nuevo divorcio de mutuo acuerdo sin intervención del Juez, que se materializa en el divorcio notarial y el divorcio decretado por el Letrado de la Administración de Justicia, ambos previstos para aquellos casos

⁴³ BOE núm. 165 de 12/7/2005.

⁴⁴ G., GARCÍA CANTERO, "Comentario a los artículos 88 y 89 del CC", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por Albaladejo*, Tomo II (arts. 42 al 107 CC), Madrid, 1982 (Id. vLex: VLEX-229686).

considerados menos conflictivos -hay acuerdo entre los cónyuges, y en su caso con otras personas afectadas-, y menos problemáticos -no hay personas dependientes, ni sospecha de lesión grave a los intereses implicados-. En cualquier caso, cuando proceda el divorcio judicial -previsto para aquellos casos en que existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores o cuando se trate de un divorcio contencioso (arts. 86 y 87 CC)-, la actuación judicial seguirá estando presidida por el automatismo, nota que la doctrina refiere a la inexistencia de margen alguno de discrecionalidad en la apreciación de la situación, pues si concurren los requisitos que la ley exige, habrá de dictarse la correspondiente sentencia de divorcio.

3.1.1.2. Carácter personalísimo. Muerte de uno de los cónyuges como causa de extinción de la acción de divorcio

Establece el art. 88 CC que “*la acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges*”, luego, al hacerse depender la vigencia de la misma de la supervivencia de ambos cónyuges, parece lógico concluir que la acción de divorcio es personalísima, de suerte que únicamente puede ser ejercitada por los cónyuges. La referencia legal del art. 88 significa, por lo tanto, que el fallecimiento de uno de los cónyuges impide la continuación del proceso de divorcio ya iniciado.

Este carácter personalísimo puede plantear problemas tales como determinar cuáles son las consecuencias del inicio de un proceso de divorcio cuando se produce el fallecimiento de uno de los cónyuges antes de llegarse a dictar sentencia, o cuando ya ha habido sentencia pero no notificada aún, o ya notificada, pero sin que aún haya adquirido firmeza la sentencia.

En tales situaciones ¿que procede hacer?. Se pueden plantear dos posibles caminos: permitir la continuación del proceso hasta su conclusión mediante sentencia o aplicar el criterio estricto de extinción automática de la acción de divorcio por muerte de alguno de los cónyuges y finalización por tal causa del proceso ya iniciado, quedando disuelto el matrimonio por la muerte de unos de los cónyuges (art. 85 CC).

La Sala Primera del Tribunal Supremo en Pleno, ha dictado una sentencia de fecha 16 de abril de 2015⁴⁵, en la que ha sentado doctrina en torno a la eficacia de la sentencia de divorcio dictada de mutuo acuerdo en un supuesto⁴⁶ en que no llegó a notificarse a uno de los cónyuges por su fallecimiento concluyendo que el dictado de la sentencia de primera instancia, estando ambos cónyuges de acuerdo en cuanto a la petición de divorcio, determina la disolución del vínculo por dicha causa, no produciendo efecto distinto el fallecimiento de uno de los cónyuges en fecha posterior a dicha sentencia, aunque aún no hubiera sido notificada. Así, el Supremo confirma la decisión de la Audiencia y sienta doctrina en torno a la eficacia de la sentencia de divorcio, que determina la disolución del vínculo por dicha causa.

⁴⁵ Vid. La Ley 37421/2015. Reitera la doctrina sentada por esta sentencia la SAP de Murcia de 19 de enero de 2016 (La Ley 2388/2016).

⁴⁶ Los hechos son los siguientes: En primera instancia se dictó sentencia estimando la demanda de divorcio interpuesta por el exmarido, sin que procediera la adopción de medida alguna dada la inexistencia de hijos comunes y la escasa duración del matrimonio, que además deniega la solicitud de la mujer, que, estando de acuerdo con la solicitud de divorcio, pedía se fijase una pensión compensatoria a su favor.

No obstante, como el demandante falleció cuatro días después de que se dictara dicha sentencia sin que la misma hubiera sido notificada, la exmujer interesó en apelación que se decretara la nulidad de actuaciones y el archivo del procedimiento -en el trámite de notificación de la sentencia-, y, subsidiariamente, que se revocara la sentencia de primera instancia en cuanto al pronunciamiento recurrido y acordase una pensión compensatoria con efectos desde la fecha en que se dictó, lo que fue rechazado por la Audiencia.

La demandante solicita que se declare que la extinción del vínculo matrimonial se ha producido en este caso por fallecimiento de uno de los cónyuges y no por divorcio, para ello interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, fundado el primero en los siguientes motivos: 1) Infracción del artículo 85 del Código Civil; 2) Infracción del artículo 88 del Código Civil; y 3) Infracción del artículo 89 del Código Civil.

Por su parte el recurso de casación se formula por interés casacional basado en la existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales acerca del momento en que la sentencia dictada produce efectos.

3.1.1.3. Efectos de la sentencia de divorcio. Su pretendido carácter constitutivo e irretroactivo

Según declara el nuevo art. 89 CC, “*los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil*”.

De tal precepto se deriva que la acción de divorcio tiene carácter constitutivo. Ello es así aunque la poca afortunada redacción del art. 89 parezca dar a entender que la sentencia es meramente declarativa. A diferencia de la declaración de nulidad del matrimonio, la sentencia de divorcio no mira al pasado; el matrimonio producirá todos sus efectos hasta el momento de su firmeza, y sólo dejará de producirlos para el futuro. El efecto pretendido por el accionante en divorcio, a saber, la ruptura del vínculo, sólo puede lograrse mediante la sentencia y a partir de su firmeza, sin tener nunca efectos retroactivos, son efectos *ex nunc*.

Sin embargo, dicha norma no dice explícitamente que el divorcio declarado no pueda tener efectos retroactivos, o que no los pueda tener, en algunos casos, al menos a partir de la fecha de interposición de la demanda de divorcio. Lo único que dice con claridad es que el divorcio, por comparación con la sentencia de nulidad matrimonial, no tiene el mismo efecto que esta última, donde sí hay efectos claramente retroactivos, al declarar la inexistencia del vínculo matrimonial desde el momento mismo de su celebración.

A este respecto, y frente a la opinión clásica partidaria de los efectos *ex nunc* de la sentencia de divorcio, debe recordarse que el cambio de paradigma en materia de divorcio, en el sentido de dar preponderancia total a la voluntad (unilateral o bilateral) de divorciarse, puede haber afectado también a esta cuestión de la retroactividad o irretroactividad de la resolución judicial de divorcio.

Así, en la medida en que conste ante la autoridad encargada de decidir la disolución por divorcio, la existencia de una voluntad de al menos uno de los cónyuges de divorciarse, en tanto la misma sea clara e inequívoca, no debería haber inconveniente en retrotraer la eficacia de la sentencia que ulteriormente se dicte, a la fecha en que se hizo esa manifestación ante dicha autoridad. En suma, se trataría de retrotraer los efectos de la sentencia, no ya al momento de celebración, sino al momento que hoy debemos considerar como decisivo en materia de divorcio, es decir, el de la presentación de la demanda unilateral o de la solicitud conjunta de divorcio.

3.1.1.4. Problemas derivados de la presentación de demanda de divorcio, cuando se celebra un segundo matrimonio en peligro de muerte antes de la firmeza de la sentencia de divorcio del primer matrimonio dictada en primera instancia, y luego fallece el solicitante

Esta cuestión ha sido tratada tanto ante la Dirección General de los Registros y del Notariado como ante los tribunales, en la RDGRN de 31 de marzo de 1987 (RJ 1987\2895) y la SAP de Madrid de 21 abril 1997 (AC 1997\1666). Ambas resoluciones hacen referencia al mismo supuesto. Se trata de un matrimonio in articulo mortis celebrado entre D^a Mari Cruz y D. Gonzalo el 21 de septiembre de 1985. La sentencia que declaró resuelto un anterior matrimonio del contrayente era de 21 de abril de 1984, si bien, no había alcanzado firmeza por falta de notificación a la anterior esposa, en situación procesal de rebeldía. D. Gonzalo estaba convencido de que ya estaba divorciado, y por ello pretendía institucionalizar las relaciones que venía manteniendo con D^a Mari Cruz. Se produce el fallecimiento de D. Gonzalo el 7 de enero de 1986 antes de que la referida resolución disolutoria del anterior vínculo conyugal hubiese adquirido firmeza, que no tiene lugar hasta el día 20 de febrero de 1986.

La DGRN advirtiendo a la interesada de la posibilidad de que el matrimonio cuestionado pudiera producir efectos civiles por aplicación del art. 79 CC y dejando a salvo la posible

responsabilidad de las personas por quienes una sentencia dictada el 21 de abril de 1984 no ha llegado a ser firme hasta el día 20 de febrero de 1986, concluye que “el contrayente varón estaba aún ligado por el impedimento de ligamen, puesto que la sentencia de divorcio de su primer matrimonio no había adquirido firmeza, dados los términos inequívocos del entonces vigente art. 89 CC que proclama que la disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza, rechazando la inscripción solicitada del matrimonio en peligro de muerte celebrado el 21 de septiembre de 1985”.

La contrayente D.^a Mari Cruz continúa su calvario en la vía judicial a la que recurre en busca de una resolución que declare la validez de su matrimonio. La contrayente, en apoyo de su pretensión, argumenta el convencimiento por parte de D. Gonzalo de que ya estaba divorciado; además, alega que habiendo fallecido su pareja antes de que la sentencia de divorcio de su anterior matrimonio hubiese alcanzado firmeza, el segundo matrimonio contraído por él mismo, y respecto del que se solicita su declaración de validez, es un acto irrepetible por lo que debe ser aplicado el principio del *favor matrimonii*.

Considera la Audiencia Provincial de Madrid que “la disolución del matrimonio por divorcio, a diferencia de la producida por la muerte de uno de los cónyuges, es siempre producto de una resolución judicial firme, tal y como se deduce del art. 89 CC, de tal forma que no basta, cual acaece en el supuesto examinado, que al momento de la celebración del matrimonio cuya validez se propugna hubiera recaído sentencia en la instancia disolviendo el anterior matrimonio de uno de los nuevos contrayentes, sino que además, es exigencia *sine qua non*, que en el momento de la celebración de las nupcias de éstos, aquella resolución hubiere adquirido firmeza, bien por el agotamiento de los medios impugnatorios correspondientes, bien por haber sido consentida por las partes, dejando transcurrir, en inactividad procesal, el plazo para recurrirla, el que no comienza a correr sino desde la fecha de su notificación que, en el caso, tuvo lugar respecto de la parte demandada por medio de edicto, dada su situación procesal de rebeldía e ignorado paradero, publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Madrid de fecha 11 de enero de 1986. Luego, en el sentir del tribunal, resulta obvio que al momento de la celebración del matrimonio in articulo mortis cuya declaración judicial de validez se propugna subsistía el precedente vínculo conyugal, lo que impedía al esposo contraer nuevas nupcias, sin que dicho obstáculo invalidante pueda ser superado, ni por la alegada buena fe del referido contrayente, ni por haber alcanzado ulterior firmeza la sentencia que declaró la disolución de su anterior matrimonio, de nula eficacia además en tal momento, pues su muerte producida el 7 de enero de 1986, implicaba de manera automática e imperativa la disolución del vínculo matrimonial (art. 85 CC) y la extinción de la acción de divorcio en ejercicio, según previene el artículo 88 CC.

Por todo lo cual no puede sino concluirse en la inviabilidad jurídica de la pretensión deducida, al no ser convalidable, a pesar de la posible buena fe de los contrayentes, el matrimonio celebrado al tiempo de la existencia del impedimento de vínculo, que no admite resquicio alguno en el rigor de sus efectos invalidantes, al ser indiferente que las anteriores nupcias puedan ser disueltas, mientras ello no se haya realizado, en virtud de sentencia firme, con anterioridad al segundo matrimonio”. Se puede apreciar en este último argumento una alusión al carácter irretroactivo de la sentencia de divorcio.

Así, la sentencia comentada aplica el criterio estricto de la extinción de la acción de divorcio por fallecimiento de uno de los cónyuges y la finalización por tal causa del proceso ya iniciado.

Las consecuencias hubieran sido menos graves si los cónyuges de este segundo matrimonio cuya validez se discute siguieran vivos, y el procedimiento continuara hasta el dictado de sentencia de apelación. Sin embargo, en el caso comentado el matrimonio era un acto irrepetible, dado que se había producido el fallecimiento de D. Gonzalo y en nuestro derecho

positivo no se regula el denominado matrimonio “*post mortem*”⁴⁷, que encontramos en el derecho francés, desde la Ley 31 diciembre 1959, que introdujo el art. 171 Code Civil⁴⁸, que permite que el Presidente de la República, por motivos graves, autorice la celebración del matrimonio si uno de los futuros esposos muere después de que el cumplimiento de las formalidades oficiales muestre inequívocamente su consentimiento; en tal caso, los efectos del matrimonio son retroactivos a la fecha del día precedente al deceso del cónyuge. Sin embargo, tal matrimonio no entraña ningún derecho de sucesión ab-intestato en beneficio del esposo sobreviviente reputándose además que no existió ningún régimen matrimonial entre los esposos.

Si este asunto se hubiera planteado tras los nuevos planteamientos derivados de la reforma del divorcio de 2005, la respuesta quizás hubiera sido otra. La cuestión de fondo es hasta qué punto debe mantenerse la extinción de la acción de divorcio, en casos como éste, aplicando sin más la disolución por fallecimiento, cuando resulta que ya se había interpuesto demanda de divorcio, es decir, se había manifestado la inequívoca voluntad de disolver el vínculo matrimonial. Una aplicación tan rígida de la norma fue lo que llevó a considerar inválido el segundo matrimonio, celebrado en peligro de muerte, con el convencimiento de la disolución del matrimonio anterior, aunque pendiente de adquirir firmeza la sentencia dictada.

Así pues, quizás podría defenderse en el futuro el criterio de que la extinción de la acción previsto en el art. 88 CC concierne a una acción aún no entablada judicialmente, pero no a la ya presentada, si luego fallece el solicitante antes de dictarse sentencia o adquirir la misma firmeza, pudiendo y debiendo continuar el procedimiento ya iniciado hasta la sentencia y su firmeza, y teniendo entonces la misma efectos retroactivos al momento de presentación de la demanda de divorcio.

3.2. Nulidad por ausencia de consentimiento en uno o los dos contrayentes por falta de aptitud para entender y querer en el momento de prestarlo (art. 73.1 CC)

Ni el contenido del dictamen médico que cabe exigir en el expediente matrimonial previo ni ninguna otra circunstancia limita el examen de la madurez psíquica de los contrayentes en el marco de la ulterior acción de nulidad por falta de consentimiento matrimonial que, junto a otros supuestos (falta de discernimiento no permanente, sino manifestada en el momento de prestar el consentimiento), ampara la falta de aquélla.

No puede olvidarse que el Código Civil no exige, en orden a la validez del matrimonio, que los contrayentes se encuentren en un óptimo goce de sus facultades intelectuales o mentales, bastando, al efecto, que los mismos tengan la capacidad de discernimiento suficiente para conocer la trascendencia del compromiso que adquieren, y conste su libre decisión de asumirlo. Así lo evidencia, en primer término, el párrafo segundo del art. 56 CC, que permite el matrimonio de quien estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, lo que no constituye impedimento para la validez del consentimiento conyugal, siempre que, previo dictamen médico, se determine su aptitud para prestarlo.

La regulación del matrimonio de quien se halla en peligro de muerte y la posibilidad de su válida celebración, obviamente, abarca supuestos, como puede ser una enfermedad

⁴⁷ Vid. L'Elysée autorise le mariage posthume de l'un des militaires tués à Montauban (23 mars 2012 à 17:22). Consultar en: http://www.liberation.fr/societe/2012/03/23/l-elysee-autorise-le-mariage-posthume-de-l-un-des-militaires-tues-a-montauban_805321

Igualmente vid. La justice autorise le mariage posthume de Martine et Alain (17 août 2010, 7h00). Consultar en: <http://www.leparisien.fr/faits-divers/la-justice-autorise-le-mariage-posthume-de-martine-et-alain-17-08-2010-1034126.php>

⁴⁸ Article 171 Code civil: *Le Président de la République peut, pour des motifs graves, autoriser la célébration du mariage en cas de décès de l'un des futurs époux, dès lors qu'une réunion suffisante de faits établit sans équivoque son consentement.*

Dans ce cas, les effets du mariage remontent à la date du jour précédant celui du décès de l'époux.

Toutefois, ce mariage n'entraîne aucun droit de succession ab intestat au profit de l'époux survivant et aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé entre les époux.

terminal, que conlleva no sólo un progresivo deterioro y agotamiento de las facultades físicas de quien la sufre sino también, y en la mayor parte de los casos, una disminución de las de carácter mental o psicológico; pero ello no conlleva, de modo automático y fatal, la inexistencia, del consentimiento prestado bajo tales condiciones, habiendo de quedar limitada tal consecuencia jurídica al supuesto extremo en que el sujeto emisor de tal declaración de voluntad haya perdido la capacidad básica de entender el alcance del negocio jurídico matrimonial, y de asumir libre y conscientemente sus consecuencias legales y morales.

Es lo que acontece en el caso resuelto por la SAP Madrid de 10 enero 2003 (JUR 2003\92883), a propósito de un matrimonio en peligro de muerte habiendo sufrido el día anterior uno de los contrayentes un derrame cerebral. En el supuesto enjuiciado, las pruebas practicadas⁴⁹ no permiten asegurar que el fallecido, que contrajo matrimonio tras sufrir un derrame cerebral, estuviera privado de consciencia en el momento de prestar el consentimiento, sin que se exija que en el momento de prestar el consentimiento matrimonial en peligro de muerte, el contrayente en esta situación deba estar en plenas facultades psíquicas. En consecuencia, la declaración de nulidad matrimonial requiere una prueba inequívoca de la certeza de la causa de nulidad invocada, no bastando a ese efecto meras conjeturas procediendo a la desestimación del recurso.

Igualmente, se afronta una situación terminal en el caso resuelto por la SAP de Islas Baleares de 18 junio de 2014 (AC 2014\1140), desestimándose la pretensión de nulidad matrimonial. El relato de los hechos tiene se inicia cuando D^a Eulalia, madre del contrayente, interpone demanda de nulidad del matrimonio en peligro de muerte contraído por su hijo, D. Carlos Antonio, con la demandada D^a Inmaculada, el 1 de febrero de 2012 (27 días antes del fallecimiento de aquél). Sostiene la madre y recurrente falta de consentimiento matrimonial ya que, en la consideración de la parte actora, el Sr. Carlos Antonio carecía de capacidad para contraer matrimonio al hallarse en una situación terminal derivada de un cáncer de faringe con infiltración en pulmón derecho (diagnosticado en diciembre de 2010, cuando contaba con 57 años de edad), el cual le provocaba un estado de alteración mental que sólo le permitía adoptar decisiones sin contenido sintético ni intencional, por lo que era incapaz para prestar un consentimiento válido y eficaz al matrimonio. La Sala no considera suficientemente probada la pretendida incapacidad del otorgante del matrimonio en peligro de muerte, teniendo en cuenta para ello las declaraciones de los testigos y el propio proceder de la madre del otorgante, quien en el momento en cuestión no solo no hizo reserva, sino que incluso manifestó que no dijo nada a la Juez encargada del Registro Civil porque quiso respetar la voluntad de su hijo; que

⁴⁹ Se celebra un matrimonio en peligro de muerte entre D. Bruno y D^a Andrea el 12 julio de 2000. El día anterior, 11 de julio, el contrayente había sufrido un derramen cerebral, que a juicio de la hermana del contrayente solicitante de la declaración de nulidad del matrimonio, provoca que éste se encontrara en estado comatoso, inconsciente, sin habla y con parálisis de la parte derecha de su cuerpo, por lo que no pudo prestar "consentimiento matrimonial bastante y suficiente para dar virtualidad al matrimonio". Se le efectúa el día 11 de julio un TAC cerebral, que es interpretado como "hemorragia cerebral-parietal izquierda que desplaza línea media con edema alrededor". En el siguiente día se refleja que "clínicamente parece estabilizado. Está consciente", pasando la mañana (período en el que se celebra el matrimonio) "consciente, aunque dormido a ratos". Partiendo de tales historiales médicos, y conforme así interesaba la parte actora, se practican sendos informes periciales por un doctor especialista en hematología y otra en neurología. En el primero de ellos se afirma que el tratamiento quimioterápico seguido en días anteriores no afecta directamente sobre la capacidad de discernimiento y conocimiento, y concluye el Perito exponiendo que "únicamente con los datos recogidos en la historia clínica, no se puede determinar la capacidad-incapacidad para consentir matrimonialmente de D. Bruno". En el acto de la ratificación de dicho informe, expresa dicho doctor que "según la historia clínica parece que mejoró su nivel de consciencia el día 12 de julio, con respecto al día anterior, manteniéndose en los días posteriores". La segunda Perito coincide con el anterior en que los medicamentos que le fueron suministrados a D. Bruno no tienen repercusión sobre la capacidad de discernimiento y conocimiento de la persona a la que se aplican., se expone que el día 12 de julio, a escasas horas de haberse producido el daño cerebral del sujeto, ha mejorado su situación, saliendo del grado de estupor, y estando clínicamente estabilizado. Se añade que el sujeto "en el mejor de los casos estaba obnubilado, es decir mucho mejor que en las horas previas cuando estaba estuporoso, pero desde luego no con una conciencia plena ni en el mejor momento de rendir al 100% de sus capacidades mentales, siendo imposible de precisar más sobre su situación de nivel de conciencia en ese día ante la escasez de datos del evolutivo tanto facultativo como de enfermería". Se añade que "es imposible saber, por las anotaciones de los evolutivo si en el momento de llevar a cabo el acto matrimonial D. Bruno estaba en una situación de nivel de conciencia normal, o estaba obnubilado, o confuso o estuporoso ...".

tuvo conocimiento de la celebración de la boda el día anterior porque su hijo se lo dijo; y que tanto Inmaculada como su hijo le dijeron que ellos no tenían que dar cuentas a nadie. De suerte que, en la consideración de la Sala, tales manifestaciones maternas, que en definitiva atribuyen a su hijo un acto de voluntad tan evidente y determinado que no quiso entonces ella contradecir, viene a entrar en conflicto con el eje en el que se sitúan la periciales actoras y el propio escrito de demanda, en la que se dice que: "..., el Sr. Carlos Antonio, en el momento de la celebración del matrimonio, presentaba un estado de alteración mental que sólo le permitía adoptar decisiones sin contenido sintético ni intencional; ...".

En el caso resuelto por la SAP de Barcelona de 10 de septiembre de 2008 (JUR 2009/253420), no se considera probado por el recurrente la falta de condiciones psíquicas para prestar el consentimiento matrimonial. Se insta la nulidad por el hijo del desposado que pretende que se declare la nulidad del matrimonio contraído por su padre D. Pablo, con la demandada y ahora apelada, D^a Begoña (el matrimonio se celebra el 27 de febrero de 2006 y el contrayente fallece el 3 de agosto de 2006). Alega como causa en la que basa dicha pretensión "no gozar el esposo de aptitud psíquica para dar un consentimiento matrimonial válido dada la gravedad de la enfermedad y la inminencia de la intervención el mismo día de la celebración del matrimonio"⁵⁰. Se da la circunstancia que durante el tiempo de su hospitalización D. Pablo siguió tratamiento con sales de litio a fin de mantener estable su trastorno psiquiátrico y no se observó descompensación maniaca ni una depresión psicótica durante su ingreso. Por otra parte, en el acto del juicio manifestó el Doctor Gustavo⁵¹ que la enfermedad que le llevó al hospital es un infarto cerebral que le dejó muy incapacitado desde el punto de vista físico, pero que, cognitivamente, aparte de la enfermedad psiquiátrica que padecía, estaba bien, que le dio la impresión de que estaba consciente, luego cabe deducir que, en contra de lo pretendido por el hijo y recurrente, en el momento de contraer matrimonio, aún las deficiencias físicas que padecía su padre, sí podía prestar consentimiento.

3.3. Nulidad del matrimonio por la no adhesión de los contrayentes al modelo o concepto de matrimonio predispuesto por el ordenamiento que haga que su consentimiento, aun consciente y libre, no sea matrimonial (la simulación y la reserva mental)

En palabras de DE PABLO CONTRERAS⁵² el carácter constitutivo del consentimiento matrimonial hace posible la hipótesis de simulación en el matrimonio civil, que tiene lugar cuando los contrayentes, pese a expresar formalmente su consentimiento, no quieren

⁵⁰ Alega también que el contrayente no goza tampoco de libertad interna para aceptar o rechazar el susodicho matrimonio por su dependencia física y emocional de la Sra. Begoña, con lo que en dicha causa se incluyen dos, una, la falta de consentimiento matrimonial y, otra, la coacción o miedo grave, aunque expresamente no la mencione, pero que, sin duda, se halla implícita en la aducida ausencia de libertad interna atendida la dependencia física y emocional de la Sra. Begoña. La misma suerte desestimatoria debe correr la subcausa alegada de coacción o miedo grave, por cuanto la situación de dependencia de la cuidadora, la Sra. Begoña, su temor a que la misma dejara de cuidar al padre del recurrente, ni siquiera encuentra atisbo de verosimilitud en las manifestaciones vertidas por la promotora del expediente matrimonial en nombre del padre del demandante-apelante, la hija Adriana, en la prueba testifical practicada en el acto del juicio celebrado en la instancia, en la que dijo que su padre no decía nada, ni sí ni no, que inició los trámites porque vio que su padre tenía una situación totalmente dependiente de Begoña le pidió que le ayudara y así lo hizo, aunque señaló que se sintió totalmente presionada para la boda por la Sra. Begoña, como también dijo que Begoña le recordaba la situación de su madre y que se tenía que ir y que a ella le asustaba la situación de su padre, con lo que la coacción o el miedo grave en ningún caso puede entenderse inferido al contrayente, sino el sentido por la hija a que Begoña se marchara a cuidar a su madre y dejara de ser la cuidadora del padre de la testigo.

⁵¹ La hija del contrayente, Adriana, encargó a D. Gustavo, Médico especialista en Medicina Interna y Neurología, quien lo atendió desde su ingreso, el mismo día de la celebración del matrimonio, un informe médico en el que se especificara la situación médica del enfermo: se señala que el paciente está ingresado en el Hospital desde el día 5 de diciembre de 2005 por infarto cerebral bulbar y cerebelos (síndrome de Wallenberg por infarto en territorio de la arteria derebelosa postero-inferior derecha). Durante su ingreso ha presentado insuficiencia respiratoria aguda. Necesitó respiración asistida e ingreso prolongado en la Unidad de intensivos. Actualmente el enfermo esta vigil y plenamente consciente. Presenta las secuelas propias del infarto cerebral. Se alimenta por sonda nasogástrica. Porta traqueostomía. Presenta infección de vías respiratorias por pseudomona. Su situación ha sido crítica y sigue crítica. El pronóstico es reservado. Su hospitalización es obligada y no se ve el día de una posible alta.

⁵² P., DE PABLO CONTRERAS, "Capítulo 5: El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio", ob. cit., en nota 1, p. 134.

realmente que nazca entre ellos el vínculo. Tal posibilidad está de plena actualidad por la frecuencia de los matrimonios blancos o de complacencia⁵³ –en los que muchas veces media dinero o contraprestación– que son aquellos cuyo objetivo es el de beneficiarse de las ventajas que en materia de nacionalidad y extranjería se reconocen al cónyuge extranjero del nacional español o del residente legal en España, y que presentan dos elementos estructurales⁵⁴: la ausencia del imprescindible consentimiento matrimonial y la presencia de al menos un elemento de extranjería⁵⁵.

Ha sido duramente criticado por la doctrina, especialmente después de las reformas matrimoniales introducidas por las Leyes 13/2005 y 15/2005 que han privado al matrimonio de toda su sustancia, que se pretenda imponer un modelo intolerante por el que el matrimonio se entiende como una institución con una finalidad y una estructura causal típica y rígida, que trasciende a los deseos de las partes. Es lo que se pretende cuando se realizan afirmaciones como las que se recogen en la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006 sobre matrimonios de conveniencia, cuando señala que el consentimiento matrimonial exigido por el art. 45 CC es un “consentimiento dirigido a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de asumir los fines propios y específicos de la unión matrimonial, por lo que el consentimiento matrimonial es existente, verdadero y auténtico cuando los contrayentes persiguen, con dicho enlace, fundar una familia”; añadiendo que “aunque el Código civil no detalla cuál es la finalidad del matrimonio, sí contiene una determinación legal de los derechos y deberes de los esposos, de modo que es claro que cuando los cónyuges contraen matrimonio deben querer asumir tales derechos y deberes”; todo lo cual lleva a concluir que “cuando los contrayentes se unen en matrimonio excluyendo asumir esos derechos y deberes que constituyen su contenido, es decir, sin la clara intención o el común propósito de fundar una familia, siendo otro su propósito (por ejemplo, recibir una pensión de viudedad, subrogarse en un arrendamiento de vivienda, convertirse en beneficiario de derechos hereditarios en cuanto a la legítima usufructuaria del cónyuge viudo o entrar en el orden para suceder en la sucesión intestada, etc.), el matrimonio será simulado por ausencia de consentimiento matrimonial y, en consecuencia, nulo

En contra de lo que en dicha Instrucción se afirma, no hay duda de que en el Derecho español, el matrimonio civil es válido aunque los contrayentes excluyan y no asuman los deberes de convivencia, fidelidad y ayuda mutua, no contemplando el matrimonio al que consienten como una comunidad de vida en el sentido tradicional, porque la actual regulación no ofrece datos para considerar todo ello como constitutivo de la matrimonialidad del consentimiento⁵⁶. En la misma línea, considera CARRASCO PERERA⁵⁷ que “la gente se casa por las razones más variadas, todas ellas legítimas. A ver si ahora vamos a decir que el matrimonio solo existe para cumplir con el propósito de encauzar honestamente las pulsiones sexuales, procrear y amarse para toda la vida. No existen fines típicos del matrimonio, y éste, como institución, es un contrato con causa plural, y potencialmente ilimitada en su fenomenología”.

⁵³ Sirva como ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño –y las demás resoluciones que en ella se citan– de 26 de marzo de 2018 (Roj: SAP LO 184/2018).

⁵⁴ V., GARCÍA HERRERA, “Los matrimonios de conveniencia”, en *Actualidad Civil*, núm. 4, Abril 2016 (LA LEY 2390/2016).

⁵⁵ Si no existe el referido acuerdo simulatorio y la ausencia de consentimiento matrimonial se produce únicamente en uno de los contrayentes, no estaremos ante un supuesto de simulación, sino ante un caso de reserva mental, si bien el resultado será el mismo, la nulidad del matrimonio por ausencia de consentimiento. Obvia por tanto esta distinción la Instrucción de la DGRNA de 31 de enero de 2006 sobre los matrimonios de complacencia, que considera simulado también el matrimonio en el que la ausencia de verdadero consentimiento matrimonial se produce en uno solo de los contrayentes. Ello nos lleva necesariamente a conectar el matrimonio simulado con los negocios en fraude de ley, es decir, con aquellos en los que bajo una apariencia de legalidad se esconde un fin fraudulento que quienes los realizan no pueden obtener de otra manera.

⁵⁶ P., DE PABLO CONTRERAS, “Capítulo 5: El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio”, ob. cit. en nota 1, p. 135.

⁵⁷ A., CARRASCO PERERA, *Derecho de Familia. Casos. Reglas. Argumentos*, Ed. Dilex, 2006, p. 107.

A continuación, consideramos de interés el supuesto resuelto por la citada SAP de Islas Baleares de 18 junio de 2014 (AC 2014\1140). Es la madre del contrayente en peligro de muerte fallecido quien alegaba la existencia una reserva mental en contra de los fines propios del matrimonio y con simulación absoluta⁵⁸. Así, se interesó la declaración de nulidad radical y de pleno derecho del matrimonio por reserva mental de ambos contrayentes o, cuando menos, por reserva mental de su hijo, D. Carlos Antonio, que se casó con la finalidad de que la demandada (Doña Inmaculada) cobrara la pensión de viudedad.

Interpretando la Sala que de la lectura de la resolución recurrida no se dice que el Sr. Carlos Antonio se casara "para que la Sra. Inmaculada cobrara la pensión de viudedad"; sino que lo que dice es que lo hizo "... porque así se lo había pedido Inmaculada y para que esta cobrará la pensión de viudedad.". En consecuencia, la sentencia incorpora en su razonamiento un primer motivo sentimental inherente a todo casamiento, cual es la aceptación de una petición matrimonial de la pareja, la cual, por otro lado, no se presenta en autos como petición descontextualizada, puesto que es pacífico el hecho de que había existido entre los otorgantes una relación de pareja de hecho que duró años y que, si bien hubo un periodo reducido de ruptura, se restauró a raíz del surgimiento de la enfermedad del contrayente Sr. Carlos Antonio, y se perpetuó después hasta su muerte. De modo que la voluntad del fallecido y de la hoy demandada de contraer matrimonio en artículo mortis viene respaldada por una realidad probatoria que sitúa tal voluntad bilateral como susceptible de ser considerada dentro de lo natural y admisible en un enlace de estas características. Por lo tanto, a partir de los razonamientos anteriores no cabe entender que exista un matrimonio de conveniencia.

En estos casos en los que la convivencia de la pareja ha sido de larga duración, se pregunta ABAD ARENAS⁵⁹ por qué la misma decide contraer matrimonio *in extremis*, a la vista del cercano fallecimiento de uno de ellos, resultando cuestionable que dicha decisión radique en razones sentimentales o afectivas, al objeto de terminar su unión estable con la condición legal del matrimonio, ya que no parece lógico que la misma tome tal decisión en un momento tan crítico, cuando podía haber formalizado esa situación con anterioridad.

Lo que lleva a la autora a plantearse la cuestión de si la finalidad del supérstite al contraer matrimonio *in extremis* (justo antes del fallecimiento del causante), tiene por objeto una motivación económica a su favor, es decir, obtener la pensión de viudedad (lo cual sería un fraude a la SS) y/o los derechos hereditarios, puesto que el viudo sería legitimario⁶⁰.

En cualquier caso, es lo cierto que el análisis de la expresión de un verdadero consentimiento matrimonial o, por el contrario, la calificación de la unión como un matrimonio simulado, sigue siendo, cumplida o no la nueva exigencia de informes médicos prevista en el nuevo art. 52 CC, una labor de gran dificultad, dada la frecuente inexistencia en estos matrimonios de una comunidad de vida propia de los esposos.

⁵⁸ También se alega por los hijos del cónyuge fallecido reserva mental y mala fe por parte de la contrayente, que es rechazada por el tribunal, en el caso resuelto por la ya citada SAP de Barcelona de 10 de septiembre de 2008 (JUR 2009/253420): Se debe rechazar la alegada reserva mental por cuanto los hechos anteriores al matrimonio, esto es, el arraigo de la Sra. Begoña en España, la relación sentimental habida entre los contrayentes al menos desde 2001, con independencia de que el Sr. Pablo tuviera también otra relación, los coetáneos, es decir, el cuidado que la Sra. Begoña dispensó al Sr. Pablo en el Hospital durante su enfermedad, que la propia hija Adriana reconoció en la prueba testifical al decir que la demandada era la que más se cuidaba de su padre una vez ingresado, y los posteriores en que siguió cuidando del mismo hasta su muerte, ponen de manifiesto que la voluntad de la demandada-apelada era la de consentir en contraer matrimonio con las consecuencias que ello entraña, entre ellas la de socorrer a su cónyuge, por cuanto es claro que, aunque en peligro de muerte, sin embargo, no podía preverse el día de la muerte.

⁵⁹ Considera E., ABAD ARENAS que la finalidad de contraer el matrimonio radica en obtener por el supérstite la pensión de viudedad, originándose con ello un fraude y, por tanto, entendemos que el acto debe considerarse nulo. Puesto que el matrimonio se habría celebrado con fines distintos de aquéllos para los que está pensada la institución. No obstante, ello no quiere decir que todo vínculo matrimonial contraído en tales circunstancias debe tener la consideración de fraudulento. ["El art. 52 del CC y el matrimonio "in extremis": nuevas perspectivas a la luz de la Ley 40/2007 y los fraudes a la Seguridad Social", ob. cit. en nota 5, pp. 14-15].

⁶⁰ Esta posibilidad cabe descartarla, puesto que en nuestro Código, a diferencia de otros ordenamientos, se concede al viudo un puesto en la sucesión intestada con independencia del momento en que hayan sido contraídas las nupcias, amén de que esta cuestión también podría salvarse mediante testamento otorgado antes del fallecimiento.

Así, si bien el matrimonio que pudiéramos considerar habitual presenta su proyección temporal en una doble y natural vertiente: por un lado la previa a su formalización, consistente normalmente en el inicio de una relación sentimental, la estabilización de la misma y el posterior surgimiento del deseo mutuo de casarse para formalizar, con el tradicional enlace, la relación de hecho previamente surgida; y, por otro lado, una vertiente de futuro, cual es la reforzar y mantener dicha relación con asunción de los derechos y deberes inherentes a la familia. Sin embargo, en el matrimonio celebrado en peligro de muerte tal desdoblamiento temporal no concurre, al no presentar, por su propia naturaleza y en un principio, una proyección de futuro de convivencia en familia, por lo que su razón de ser estaría fundada esencialmente en la existencia de dicha relación sentimental previa que le serviría de natural soporte, a la que se uniría un deseo matrimonial sobrevenido que puede tener contenidos plurales y diversos (sentimentales, espirituales, religiosos, sociales, etc.) que no son contradictorios ni incompatibles con el eventual deseo de suplir, a través de los derechos inherentes a la viudedad, la ausencia de la ayuda que la persona desahuciada podrá aportar en vida a su pareja. Luego, no queda claro que, existiendo dicho legítimo soporte sentimental de origen, naturalmente reforzado por la proximidad y consuelo durante la enfermedad terminal al compañero finalmente fallecido, pueda el acto final de formación de tal voluntad y de emisión del consentimiento matrimonial in articulo mortis diseccionarse y simplificarse a posteriori hasta el punto de hallar en el resultado económico sobrevenido tras la muerte del consorte (cuál sería el cobro de una pensión de viudedad o la adquisición de determinados derechos sucesorios) la única consecuencia para la que habría servido aquella causa, puesto que ello desvirtuaría la propia naturaleza de la institución del matrimonio en peligro de muerte, admitido en nuestro Derecho, y conllevaría una compartimentación demasiado deshumanizada del alcance de los sentimientos de las personas, que además merecen especial sensibilidad cuando estas se hallan en trance de fallecer. Y para terminar, en supuestos como el matrimonio en peligro de muerte es lógico que se busque de forma importante regularizar una situación existente, y por qué no, de un acomodo económico de uno de los contrayentes del que antes se carecía sin que ello implique atentar contra la esencia del matrimonio⁶¹.

Precisamente por no existir una relación sentimental previa al tiempo de la celebración del matrimonio, se aprecia la existencia de simulación matrimonial en la RDGRN de 12 mayo 2014 (JUR\2015\225246). En este caso se trata de inscribir un matrimonio celebrado el 27 de diciembre de 2012, en peligro de muerte (el contrayente fallece el 20 de enero de 2013). De los hechos se desprende que ambos interesados ya estuvieron casados entre sí en el año 1973; y posteriormente se separaron en 1987 y se divorciaron en 1993. Según se desprende de los certificados de empadronamiento residen en domicilios diferentes. En la declaración realizada por los interesados ante la Encargada del Registro Civil y la Secretaria Judicial del mismo puede apreciarse la finalidad perseguida con el matrimonio. El promotor manifestó en que la finalidad de contraer matrimonio de nuevo con la interesada, es que cree que fue injusto con los hijos habidos en común, en su anterior matrimonio, y quiere compensarlo casándose con ella para que pueda percibir su pensión y a través de ella beneficiar a sus hijos. En el mismo sentido se pronuncia la promotora declarando "que la finalidad del matrimonio es compensar a los hijos que tienen en común por lo que no les dio en vida", añadiendo que ella vive en O. y constando en las audiencias que el promotor vive con otra persona que le cuida y con la que tuvo una relación sentimental tiempo atrás. Por lo que tanto se deduce que la única finalidad del matrimonio es que a la interesada le quede la pensión de viudedad, por lo que no existe verdadero consentimiento matrimonial.

Otro ejemplo de celebración de matrimonios simulados *in extremis* de cuidados a cambio de la pensión de viudedad tras el fallecimiento del causante, como una forma de agradecimiento a tal asistencia o compañía prestada durante los últimos años, se recoge en la RDGRN de 19 de enero de 2004 (RJ: 2004/2788). En este caso, se trata de inscribir un matrimonio celebrado in articulo mortis entre un hombre (pensionista) y su hijastra, a la cual propuso, estando él muy enfermo, casarse para que le quedara la pensión de viudedad, como única manera de agradecerle los cuidados que le estaba proporcionando. De las dos

⁶¹ Vid. el F.D. 4º de la SAP de Islas Baleares de 18 junio de 2014 (AC 2014\1140).

audiencias reservadas practicadas se deduce que la única finalidad del matrimonio es la de conseguir que ella obtenga una pensión de viudedad en el caso de que él fallezca y ella le sobreviva. Esta motivación instrumental y económica es por sí misma ajena a las que son consustanciales al matrimonio quedando pues en evidencia la ausencia de consentimiento matrimonial y la nulidad del matrimonio celebrado». Establece «con acierto» a tal efecto el Encargado del Registro Civil que de estos hechos comprobados es una deducción razonable y en modo alguno arbitrario entender que el matrimonio es nulo por simulación.

Precisamente para evitar tales realidades⁶² próximas a la compra de pensiones, o para evitar situaciones de fraude con matrimonios simulados es por lo que se ha producido un endurecimiento de los requisitos para acceder a la pensión de viudedad, cuando se produce la muerte del cónyuge a causa de una enfermedad común⁶³ (anterior al momento del matrimonio). En concreto, se exige alternativamente⁶⁴, bien que el matrimonio se hubiera celebrado, como mínimo, con un año de antelación a la fecha del fallecimiento. En los casos de pareja de hecho que posteriormente contrajera matrimonio, y no se hubiere llegado al año de matrimonio antes de la muerte del causante, puede suplirse esta falta si se demuestra una convivencia de dos años sumando el período de convivencia notoria como pareja de hecho más el tiempo de matrimonio. Bien, que existan hijos comunes; ello viene a suponer que han de tener más de un hijo pero no es necesario que los mismos sean beneficiarios de la prestación de orfandad.

En el caso de que no se llegue a tales períodos exigidos de convivencia⁶⁵ o de cumplimiento de los requisitos de hijos comunes, y reúna el resto de los requisitos, se crea una prestación temporal de viudedad en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años. Es un modo de hacer menos “traumática” esta situación de cambio de estatus del cónyuge sobreviviente que tiene ese plazo para buscar medios económicos para poder subsistir.

3.4. Nulidad por defectos formales

El matrimonio en peligro de muerte es aquel que se da cuando uno de los cónyuges está efectivamente, como dice su nombre, en riesgo de fallecer. Ya sea por enfermedad, por ser un militar en campaña, o por cualquier otro motivo que ponga en peligro real la vida de una

⁶² En relación con este tema de la simulación, queremos traer a colación la STS, Sala de lo Social de 17 de Noviembre de 2010 (JUR 2011\2380). Se trata de una viuda que solicita una pensión de viudedad al INSS. Había estado conviviendo con su pareja más de 17 años, sin hijos, a pesar de lo cual no se habían inscrito en el registro de parejas de hecho. Contrajeron matrimonio 20 días antes de la muerte de uno de los cónyuges. El INSS, tras la solicitud de la pensión de viudedad por parte de la superviviente de la pareja, resolvió, en diciembre de 2008, el reconocimiento de una prestación temporal de viudedad, por el plazo legal de 2 años. Se recurre en casación para unificación de doctrina la Sentencia del TSJ del País Vasco de 12 de enero de 2010 por la que se negaba el derecho a pensión de viudedad. El TS entiende que basta con la acreditación de la convivencia de hecho, no siendo necesario inscripción ni formalización ninguna, puesto que la “acreditación como pareja de hecho” está establecida sólo para los exclusivos efectos de otorgar la pensión de viudedad a uniones de hecho “pero no cuando se trata de un matrimonio, como es el caso”. Lo que ocurre es que, para evitar matrimonios de conveniencia, cuando el fallecimiento se produce por enfermedad anterior se exige o bien una duración del matrimonio de un año o bien una duración de ese matrimonio más una convivencia anterior por un total de más de dos años. Esto es, la remisión del art. 174.1 al art. 174.3 de la LGSS no se hace a la integridad del mismo, sino de forma exclusiva al primer inciso de ese párrafo cuarto.

⁶³ Vid. J. C., ÁLVAREZ CORTÉS, “Sobre los nuevos requisitos de la pensión de viudedad por enfermedad común: antigüedad del matrimonio y convivencia more uxorio antes del deceso. Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de Noviembre de 2010”, en *Temas Laborales*, núm. 109/2011, pp. 225-239.

⁶⁴ La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, establece lo siguiente en su art. 174.1 tercer párrafo: “En los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevinida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años”.

⁶⁵ Existen multitud de sentencias que resuelven situaciones semejante de matrimonios celebrados *in articulo mortis*, de duración inferior a un año y posterior reclamación de pensión de viudedad. Por ejemplo vid. la sentencia que resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina resuelto por el Tribunal Supremo. Sala de lo Social, 15 de noviembre de 2017 (Roj: STS 4235/2017).

persona. Constanda la urgencia de la situación, los requisitos de forma que exige el Código civil que lo son de validez de este matrimonio es que se contraiga ante la persona o funcionario ante quien deba celebrarse “aunque los contrayentes no residan en la circunscripción respectiva” y en presencia de dos testigos mayores de edad, salvo imposibilidad acreditada (art. 73.3 CC).

Sin embargo, en aras del principio del *favor matrimonii*, el art. 53 CC relaja un tanto esta exigencia de forma de solemnidad considerando válido el matrimonio contraído ante autoridad o funcionario incompetente siempre que por lo menos uno de los contrayentes desconozca que concurren dichos defectos en quien, en tal concepto, preside la celebración de las nupcias; es lo que ocurriría en el caso de que ninguno de los contrayentes se encontrara en situación de urgencia vital, pues es precisamente la concurrencia real del peligro de muerte, el hecho que determina la competencia de las personas y autoridades que intervienen a tenor del art. 52 CC. Luego, constatada la situación de urgencia vital, el resto de requisitos formales, tales como el expediente previo, el dictamen médico, e incluso la formalización del mismo matrimonio mediante acta por el autorizante, desaparecen como requisitos de validez para la celebración de esta forma de matrimonio.

Así, las irregularidades alegadas por las partes enfrentadas en las distintas resoluciones estudias y que, a juicio de los reclamantes⁶⁶, pueden provocar la nulidad de las actuaciones y, en su caso, de la inscripción de matrimonio practicada, se traducen en la inexistencia del expediente previo -o infracción de las normas reguladores del mismo-, e inexistencia del dictamen médico sobre la aptitud del enfermo físico para contraer matrimonio. En este sentido, al hilo de la ya mencionada SAP de Islas Baleares de 18 junio de 2014 (AC 2014\1140), se pone de manifiesto que “vista la innecesaridad del expediente previo cuando existe, como en el caso que hoy nos ocupa, la correspondiente acta levantada por el Encargado, es obvio que son igualmente innecesarias para practicar la inscripción del matrimonio, todas las actuaciones que conforman el precitado expediente, entre ellas la solicitud inicial del interesado/a, la audiencia reservada, la notificación de un expediente que no procede llevar a cabo, etc. (...)”. Sin perjuicio de ello y a mayor abundamiento, centrándonos en la infracción de normas imperativas relativas al expediente matrimonial y concretadas en la ausencia de la audiencia reservada personal del fallecido, debemos recordar que el artículo 78 CC establece que “el Juez no acordará la nulidad de un matrimonio por defecto de forma, si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe, con la excepción de lo dispuesto en el número 3 del art. 73”, en el que no se sitúa el supuesto que comentamos. Y ello a partir del hecho de que, como se verá, no prueba el actor la concurrencia de mala fe de los contrayentes, la cual correspondía a su responsabilidad acreditativa.

En cuanto a la necesidad de un examen del médico forense previo sobre la aptitud para contraer matrimonio, “es indudable que, no siendo necesario, por existir acta, la existencia de un expediente preliminar, si el Juez-encargado autorizante del matrimonio juzga, en el momento de la celebración, al levantar acta, y a través de las diligencias de comprobación posteriores, que el contrayente tiene la consciencia y voluntad suficiente para prestar el consentimiento, no hay razón para exigir un certificado médico corroborante, lo que se compaginaría con la urgencia de todo matrimonio en peligro de muerte; ni desde luego la superior objetividad, calidad y validez su propio juicio, obtenida de la relación de intermediación con el enfermo a quien pregunta y ve⁶⁷, es comparable con otras opiniones

⁶⁶ RRDGRN, entre otras la de 7 de julio de 1988 (RJ 1988 /6109); 10 de septiembre de 1999 (RJ 1999/10139), 19 de enero de 2004 (RJ 2004/2788).

⁶⁷ En el caso resuelto por la citada SAP de Baleares resulta que “de la prueba testifical de quienes fueron también testigos en el matrimonio (Sr. Julián y Sra. Inés) se deriva que la Juez encargada de la celebración (de la que destacó el testigo su sensibilidad en la práctica de la diligencia judicial) conversó con D. Carlos Antonio y le realizó plurales preguntas, incluso sobre periodos lejanos, como el colegio, donde el Sr. Carlos Antonio conoció a la Sra. Inmaculada ; y, asimismo, se formularon preguntas a la madre, quien no hizo entonces reserva alguna (DVD número 3; hora 14, minuto 9 y minuto 23 de la grabación; de abril de 2013), añadiendo dichos testigos que D. Carlos Antonio , si bien estaba cansado, se hallaba consciente y actuaba con coherencia. Viniendo al caso recordar, en dicho sentido, que según dispone el artículo 247 del Reglamento del Registro civil, el Ministerio Fiscal y los particulares a cuyo conocimiento llegue la pretensión del matrimonio, están obligados a denunciar cualquier

profesionales, por muy respetables que sean, emitidas a posteriori y a instancia de parte interesada."

impedimento u obstáculo que les conste; sin que, por otro lado, contra el auto de aprobación de la celebración del matrimonio fuera interpuesto el recurso que dicho precepto prevé.